

**Die Haftung des Gesellschafters
für Rechts- und Sachmängel
im Rahmen seiner Beitragspflicht**

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

Vorgelegt von
Ihno Heizmann
aus Nordseebad Borkum

1962

**Die Haftung des Gesellschafters
für Rechts- und Sachmängel
im Rahmen seiner Beitragspflicht**

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

Vorgelegt von
Ihno Heizmann

aus Nordseebad Borkum

1962



1. Berichterstatter: Professor Dr. Hans Schumann †

2. Berichterstatter: Professor Dr. Dr. Rudolf Lukes

Dekan: Prof. Dr. Paul Deutsch

Tag der mündlichen Prüfung: 18. Februar 1961

Inhaltsverzeichnis

	Seite
I. Einleitung	1
II. Die historischen Grundlagen des Problems	2
III. Die theoretischen Grundlagen des Problems	4
1. Wesen und Begriff der Mängelhaftung im allgemeinen	6
2. Das gesellschaftsrechtliche Einlagegeschäft und seine rechtliche Typisierung	8
a) Die Einbringung eines Vermögensgegenstandes	10
aa) Die Formen der Einbringung	10
bb) Die Einbringung dem Rechte nach	12
cc) Die Einbringung zur Benutzung	20
b) Die Werkleistung als Einlage	24
3. Die Problematik der Übertragung synallagmatischer Rechtsformen auf die Gesellschaft	27
a) Gesellschaft und gegenseitiger Vertrag	27
b) Die Gesellschaft als sozialrechtliche Personenvereinigung	29
4. Allgemeine Lösungsprinzipien aus dem Wesen der Gesellschaft	32
a) Förderungspflicht und Leistungsvereinigung	32
b) Die Gesellschaft als Dauerschuldverhältnis	36
c) Die Treupflicht des Gesellschafters	38
d) Die Bedeutung des § 708 BGB für die Mängelhaftung	39

IV. Die Rechtsfolgen mangelhafter Beitragsleistungen im einzelnen	40
1. Die dem Rechte nach mangelhafte Einbringung	41
a) Die Haftung für Rechtsmängel. Gutgläubiger Erwerb der Einlage	42
aa) Der Erfüllungsanspruch	44
bb) Die Mängelrechte aus der entsprechenden Anwendung des § 440 BGB	45
i) Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages	46
ii) Die Rechte aus den §§ 325, 326 BGB	48
Der Rücktritt vom Verträge	50
Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung	54
Der Schadensersatzanspruch bei der Einbringung beweglicher Sachen	58
iii) Die Rechte aus den §§ 323 und 324 BGB	58
cc) Ausschluß der Haftung. Verzicht auf die Mängelrechte	62
b) Die Haftung für Sachmängel	64
aa) Der Haftungstatbestand	64
bb) Die Rechtsbehelfe des § 462 BGB	65
i) Der Anspruch auf Wandlung	65
ii) Der Anspruch auf Mängelbeseitigung	69
iii) Der Anspruch auf Minderung	70
iv) Vollziehung und Geltendmachung der Mängelrechte	72
v) Die Mängeleinrede	74
cc) Der Anspruch auf Schadensersatz	76
dd) Der Anspruch auf Nachlieferung bei der Einbringung gattungsmäßig bestimmter Sachen	77
ee) Verjährung der Mängelansprüche	78
ff) Der Ausschluß der Mängelrechte	79
2. Die mangelhafte Einbringung zur Benutzung	81
a) Der Anspruch auf Herstellung des vertragsmäßigen Zustandes	82

b)	Das Recht auf Minderung	83
c)	Der Anspruch auf Schadensersatz	84
d)	Die Kündigung	85
e)	Der Ausschluß der Haftung	85
f)	Die Haftung für Rechtsmängel	86
3.	Die mangelhafte Werkeinlage	87
a)	Der Anspruch auf mangelfreie Herstellung, Neuherstellung und Mängelbeseitigung	87
b)	Der Anspruch auf Wandlung, Minderung und Schadensersatz	90
c)	Ausschluß und Verjährung der Mängelrechte	91



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555417_0009

Literaturverzeichnis

- | | |
|---------------------------------------|---|
| Adler Karl | Beiträge zum Recht der Gewährleistung. ZHR Band 75 S. 453 ff. |
| Affolter, A. | Zur Lehre von der Gesellschaft. Arch.Bürg. R Band 35 S. 225 ff. |
| Bartholomeyczik, Horst | Die Kunst der Gesetzesauslegung. Frankfurt 1951. |
| Beitzke, Günther | Nichtigkeit, Auflösung u. Umgestaltung von Dauerschuldverhältnissen. 1948. |
| Bergmann | Über den Mißbrauch gesellschaftlicher Machtstellungen (§§ 101, 197 Abs. 2 Akt.G.) ZHR Band 105 S. 1ff. |
| Böhmer, Werner | Die Rechts- und Sachmängelhaftung bei der Einbringung einer Sacheinlage in eine offene Handelsgesellschaft. Diss. München 1949. Ungedruckt. |
| de Boor, Hans Otto | Bürgerliches Recht. Band I, Allgemeiner Teil – Recht der Schuldverhältnisse – Sachenrecht. 2. Auflage, Wiesbaden 1954. |
| Cosack, Konrad —
Mitteis, Heinrich | Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II. Band, Zweite Abteilung. Gemeinschaftsrecht, Familienrecht, Erbrecht. 7. und 8. Auflage, Jena 1924. |
| Crome, Karl | System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Hälfte. Tübingen 1902. |
| Denkschrift | zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches nebst den Anlagen. Berlin 1896. |
| Dernburg, Heinrich | Pandekten. 2. Band, Obligationenrecht, 6. Auflage, 1900. |

Dernburg, Heinrich	Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. II. Band, 2. Abteilung, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reiches und Preußens. 3. Auflage, Halle 1906.
Entwurf	eines Handelsgesetzbuches für die Preußischen Staaten. Nebst Motiven. 2. Teil: Motive. Berlin 1857.
Entwurf	eines Handelsgesetzbuches und Entwurf eines Einführungsgesetzes nebst Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage. Berlin 1897.
Enneccerus, Ludwig — Nipperdey, Hans Carl	Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. 15. Auflage. Erster Halbband, 1959. Zweiter Halbband, 1960.
Enneccerus, Ludwig — Lehmann, Heinrich	Recht der Schuldverhältnisse. 15. Bearbeitung, Tübingen 1958.
Erman, Walter	Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage, 1947.
Esser, Josef	Lehrbuch des Schuldrechts. 2. Auflage, Karlsruhe 1960.
Fechner, Erich	Die Treubindungen des Aktionärs, 1942
Fischer, Robert	Die faktische Gesellschaft. NJW 1955 S. 849 ff.
Flume, Werner	Eigenschaftsirrtum und Kauf, Münster 1948.
von Gierke, Julius	Handelsrecht und Schiffahrtsrecht. 8. Auflage, Berlin 1958.
von Gierke, Otto	Deutsches Privatrecht. Dritter Band, Schuldrecht. München 1917.
von Gierke, Otto	Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht. 2. Auflage, Leipzig 1889.
von Gierke, Otto	Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889 in Erik Wolf, Quellenbuch z. Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft. Frankfurt 1949.
von Gierke, Otto	Dauernde Schuldverhältnisse. Jher. Jb. Band 64 S. 355 ff.
Goldmann, Eduard — Lilienthal, L	Das Bürgerliche Gesetzbuch. Band I. 3. Auflage, 1908.
Gschnitzer, Franz	Die Kündigung nach deutschem u. österreichischem Recht. Jher. Jb. Band 76 S. 326 ff.
Haupt, Günter	Gesellschaftsrecht. 2. Auflage, Tübingen 1942. — 4. Auflage, besorgt von Reinhardt, Tübingen 1952.

Heck, Philipp	Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1929.
Hedemann, Justus W.	Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 3. Auflage, Berlin 1949.
Hoeniger, Heinrich	Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge. Erster Band: Die gemischten Verträge in ihren Grundformen. Mannheim 1910
Hoeniger, Heinrich	Das Problem der gemischten Verträge. DJZ 1913 Spalten 263 ff.
Hueck, Alfred	Gesellschaftsrecht. 9. Auflage, München 1959.
Hueck, Alfred	Das Recht der offenen Handelsgesellschaft. 2. Auflage, Berlin 1951.
Hueck, Alfred	Der Treuegedanke im Recht der offenen Handelsgesellschaft, in Festschrift für Rudolf Hübner, S. 72 ff. Jena 1935.
Hueck, Alfred	Der Treuegedanke im modernen Privatrecht. München 1947.
Hueck, Alfred	Die Mängel des Gesellschaftsvertrages bei der offenen Handelsgesellschaft. AcP Band 149 S. 1 ff.
Hueck, Alfred Nipperdey, Hans Carl	Lehrbuch des Arbeitsrechts. Erster Band von Alfred Hueck. 6. Auflage, Berlin 1959.
Jung, Erich	Erörterungen zum deutschen bürgerlichen Gesetzbuch und zu den Zivilgesetzentwürfen Ungarns und Bulgariens. Jher. Jb. Band 69 S. 30 ff.
Kisch, Wilhelm	Besprechung zu Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. Krit. Vj. Schr. 1903 S. 506 ff.
Knoke, Paul	Das Recht der Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1901.
Kohler, Josef	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II. Band, Vermögensrecht. Erster Teil, Schuldrecht. Berlin 1906.
Korintenberg, Werner	Der Mängelbeseitigungsanspruch und der Anspruch auf Neuherstellung beim Werkvertrag. Diss. Köln 1927.
Korintenberg, Werner	Erfüllung und Gewährleistung beim Werkvertrage. Köln 1935.
Korintenberg, Werner	Abschied von der Gewährleistung. Justizblatt für den Oberlandesgerichtsbezirk Köln, Nr. 9 – 11 vom 15. 5. 1947.
Kress, Hugo	Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts. München 1929.

Kress, Hugo	Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts. München 1934.
Laband, Paul	Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften II. ZHR Band 31 S. 21 ff.
Lange, Heinrich	Vom alten zum neuen Schuldrecht. Hamburg 1934.
Larenz, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts. I. Band, Allgemeiner Teil, 5. Auflage 1962. II. Band, Besonderer Teil, 4. Auflage 1960.
Lehmann, Heinrich	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 11. Auflage, Berlin 1958.
Lehmann, Heinrich	Gesellschaftsrecht. 2. Auflage, Berlin 1959.
Lent, Friedrich	Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß. I. Band, Leipzig 1912.
Leorhard, Franz	Das Schuldrecht des BGB. Zweiter Band, Besonderes Schuldrecht des BGB. München 1931.
Matthiasz, Bernhard	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 6./7. Auflage, 1914.
von Meerscheidt-Hüllessem	Gemischte Verträge und Verträge eigener Art. DJZ 1910 Spalten 854 ff.
Mittelstein, Max	Die Miete nach dem Rechte des Deutschen Reiches. 4. Auflage, Berlin 1932.
Molitor, Erich	Die Kündigung. 2. Auflage, Mannheim 1951.
Motive	zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Band II, Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1888.
Müller-Erzbach, Rudolf	Deutsches Handelsrecht. 2. und 3. Auflage, Tübingen 1928
Müller-Erzbach, Rudolf	Das Erfassen des Rechts aus den Elementen des Zusammenlebens, veranschaulicht am Gesellschaftsrecht AcP Band 154 S. 229 ff.
Müller-Erzbach, Rudolf	Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens. Weimar 1948.
Mugdan, Benno	Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. II. Band, Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.
Neumann-Duesberg, Horst	§ 166, II BGB bei der gesetzlichen Stellvertretung und Handeln nach bestimmten Weisungen. JR 1950 S. 332 f.
Nikisch, Arthur	Arbeitsrecht Tübingen 1951.
Oertmann, Paul	Entgeltliche Geschäfte. 1912.

Protokolle	der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1898.
Raape, Leo	Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf. AcP Band 150 S. 481 ff.
Reichel, Hans	Gesetz und Richterspruch. Zur Orientierung über Rechtsquellen- und Rechtsanwendungslehre der Gegenwart. Zürich 1915.
Reichel, Hans	Einbringung einer dem Gesellschafter nicht gehörenden Sache in eine offene Handelsgesellschaft. JW 1910 S. 742 f.
Riezler, Erwin	Arbeitskraft und Arbeitsfreiheit in ihrer privatrechtlichen Bedeutung. Arch. Bürg. R. Band 27 S. 219 ff.
Rosenberg, Leo	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts 9. Auflage, München 1961.
Ruland, Karl	Das Innenverhältnis der nichtigen offenen Handelsgesellschaft. Diss. München 1941.
Sauer, Wilhelm	Juristische Methodenlehre. Zugleich eine Einleitung in die Methode der Geisteswissenschaften. Stuttgart 1940.
Schafheutle, Josef	Gesellschaftsbegriff und Erwerb in das Gesellschaftsvermögen. Mannheim 1931.
Schollmeyer, Friedrich	Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuche. 2. Auflage, Berlin 1904.
Schollmeyer, Friedrich	Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf. Jher. Jb. Band 49 S. 93 ff.
Schreiber, Otto	Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht. Jher. Jb. Band 60 S. 106 ff.
Schroth, Gerhard	Der Aufbau der Gesellschaft des BGB. als Schuldverhältnis und als Gemeinschaftsverhältnis. Diss. Leipzig 1931.
Schürmann, Felix	Zur Lehre von der Societas quoad usum und quoad sortem. Diss. Göttingen, 1889.
Schulze, Werner	Bösgläubigkeit oder wegen Gläubigerbenachteiligung anfechtbarer Erwerb im Gesellschaftsvertrag einer AG. oder GmbH. LZ 1921 Spalten 675 ff.
Schumann, Hans	Handelsrecht. Band I, Handelsstand — Handelsgesellschaften, Wiesbaden 1955.
Schumann, Hans	Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus pflichtwidriger Geschäftsführung bei Personalgesellschaften. DR 1942 S. 1670 ff.

Schumann, Hans	Faktische Personalgesellschaft und Feststellungsklage. DR 1943 S. 265 ff.
Schumann, Hans	Die Lebensverhältnisse der faktischen Personengesellschaft. DR. 1943 S. 1193 ff.
Siber, Heinrich	Schuldrecht. Leipzig 1931.
Siebert, Wolfgang	Die „faktische Gesellschaft“, in Festschrift für Justus Wilhelm Hedemann, S. 266 ff. Jena 1938.
Siebert, Wolfgang	BGB.-System und völkische Ordnung. Deutsche Rechtswissenschaft, I. Band S. 204 ff. Hamburg 1936.
Siebert, Wolfgang	Zur atypischen Gesellschaft. NJW 1953 S. 806 ff.
Silberschmidt, W.	Das „gesellschaftsähnliche Rechtsgeschäft“. ZHR Band 79 S. 465 ff.
Sohm, Rudolf – Mitteis Ludwig – Wenger L.	Institutionen. Geschichte und System des römischen Privatrechts. 17. Auflage, 1949.
Stoll, Heinrich	Vertrag und Unrecht. 1. Halbband. 3. Auflage, besorgt von Felgentraeger. Tübingen 1943
Stoll, Heinrich	Die Lehre von den Leistungsstörungen. Tübingen 1936.
Süss, Theodor	Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel. Leipzig 1931.
Titze, Heinrich	Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. Leipzig 1900.
Titze, Heinrich	Bürgerliches Recht. Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1948.
von Tuhr, Andreas	Grundlagen und Ausbau des bürgerlichen Gesetzbuches. Rede zum Stiftungsfest der Kaiser-Wilhelms-Universität Straßburg, 1918.
Veltmann, Gerhard	Die verbandsrechtliche Struktur und Dynamik des Gesellschaftsbegriffs im Bürgerlichen Gesetzbuch. Bonn 1937.
Weigelin, Ernst	Die Lücken im Recht. Jher.Jb. Band 88 S. 1 ff.
Westermann, Harry	Lehrbuch des Sachenrechts. 4. Auflage, Karlsruhe 1960.
Wieland, Karl	Handelsrecht. Erster Band, Das kaufmännische Unternehmen und die Handelsgesellschaften. München 1921.
Windscheid, Bernhard	Lehrbuch des Pandektenrechts. Band II. 9. Auflage, bearbeitet von Kipp, 1906.
Wolff	Die faktische Gesellschaft. MDR 1952 S. 535.

- Würdinger, Hans Gesellschaften. Erster Teil: Recht der Personal-
gesellschaften. Hamburg 1937.
- Wüstendörfer, Hans Das Problem der hinkenden Speziesschuld. ZHR
Band 88 S. 241 ff.

Ferner: Die Kommentare zum Bürgerlichen Gesetzbuch von:

- | | |
|--------------------|------------------------------|
| Erman, 2. Auflage | Warneyer, 7. Aufl. |
| Certmann, 5. Aufl. | Soergel, 8. Aufl. |
| Palandt, 20. Aufl. | R G R.-Komm. 9/11. Aufl. |
| Planck, 5. Auflage | von Staudinger, 10/11. Aufl. |

und die Kommentare zum Handelsgesetzbuch von:

- Düringer – Hachenburg, 3. Aufl.
- Schlegelberger – Gessler, 4. Aufl.
- Staub – Pinner, 14. Aufl.
- Weipert und anderen (RGR.-Komm. z. HGB), 2. Aufl.

Abkürzungsverzeichnis

AcP	= Archiv für die civilistische Praxis
Arch.Bürg.R.	= Archiv für Bürgerliches Recht
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Diss.	= Dissertation
DJZ	= Deutsche Juristen-Zeitung
DR	= Deutsches Recht
DRW	= Deutsche Rechtswissenschaft
Gew. O.	= Gewerbeordnung für das Deutsche Reich
Hans.Ger.Ztg.	= Hanseatische Gerichtszeitung
HGB	= Handelsgesetzbuch
HRR	= Höchstrichterliche Rechtsprechung
Jher.Jb.	= Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	= Juristische Rundschau
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
KG	= Kommanditgesellschaft
JKG	= Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts

Krit.Vj.Schr.	= Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LZ	= Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
OGH BrZ.	= Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
OHG	= offene Handelsgesellschaft
OLG	= Oberlandesgericht
OLG-Rspr.	= Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
RG	= Reichsgericht
RGR.-Komm.	= Das Bürgerliche Gesetzbuch. Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Seuff. A.	= J. A. Seuffert's Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
VVG	= Gesetz über den Versicherungsvertrag
Warn.Rspr.	= Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen. Ergänzungsband enthaltend die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts
ZHR	= Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht
ZPO	= Zivilprozeßordnung

I. Einleitung.

Das Recht der Gesellschaft enthält in den §§ 705 ff. BGB. keine speziellen Vorschriften über die Haftung des Gesellschafters für Rechts- und Sachmängel seiner Einlage. Das mag auf den ersten Blick befremdlich erscheinen; besonders wenn man berücksichtigt, daß die Institute der Rechts- und Sachmängelgewähr ihren systematischen Standort nicht, wie die übrigen Leistungsstörungen, im allgemeinen Schuldrecht haben, sondern vom Gesetzgeber jeweils im Rahmen der Schuldverhältnisse, die ihrem Wesen nach typische Haftungstatbestände dieser Art hervorbringen, gesondert geregelt worden sind ¹⁾. Zieht man jedoch in Betracht, daß die dem Gesellschaftsrecht des BGB zugrundeliegende dogmatische Konzeption in ihren Grundzügen der gemeinrechtlichen Sozietätstheorie entstammt ²⁾, so wird diese Tatsache ohne weiteres verständlich. Vor allem in der ersten Gesetzgebungskommission beherrschten die Anhänger der Sozietätstheorie das Feld ³⁾. Sie hatten auf Grund des dieser Theorie eigentümlichen Gesellschaftsbegriffs auch keine Veranlassung, dem Problem der Mängelhaftung des Gesellschafters besondere Aufmerksamkeit zu schenken. Vielmehr reihten sie die Gesellschaft dem Herkommen entsprechend unter die üblichen Schuldvertragstypen ein und begnügten sich damit, die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter zueinander in Anlehnung an die bis dahin entwickelten Lehren des Schuldrechts zu ordnen. Für eine auf die Bedürfnisse des Gesellschaftsrechts zugeschnittene Sonderregelung der Mängelhaftung fehlte es auf dem Boden des gemeinen Rechts sowohl an geeigneten Vorbildern als auch an den notwendigen dogmatischen Voraussetzungen.

Daran hat im Grunde genommen auch die heftige Kritik der Germanisten ⁴⁾, die im Anschluß an die Veröffentlichung des ersten Entwurfs einsetzte und die im Gegensatz zur Sozietätstheorie die verbandsrechtliche Struktur der Gesellschaft stark in den Vordergrund stellte, nichts zu ändern vermocht. Ihr ist es zwar zu verdanken, daß die zweite Kommission dem deutsch-rechtlichen Prinzip der Gemeinschaft zur gesamten Hand Eingang in das Gesetz verschaffte und somit eine Brücke zu den — aus deutsch-rechtlicher Wurzel hervorgegangenen ⁵⁾ — handelsrechtlichen Personen-

1) Z. B. §§ 434 ff., 440, 459 ff. (Kauf), §§ 537 ff., 541 ff., 581 Abs. 2 (Miete, Pacht), §§ 633 ff. (Werkvertrag).

2) Vgl. Esser, Lehrbuch des Schuldrechts, S. 711; Haupt-Reinhardt, Gesellschaftsrecht, S. 29.

3) Vgl. Motive II S. 591: „Den Vorschriften des Entwurfs über die Gesellschaft (§§ 629 – 658) liegt die gemeinrechtliche Auffassung vom Begriffe und Wesen der Sozietät zu Grunde, wie auch die einzelnen durch den Gesellschaftsvertrag entstehenden Rechtsverhältnisse und Rechtsbeziehungen im Wesentlichen im Anschlusse an gemeinrechtliche Grundsätze normiert sind.“

4) Vgl. hierzu insbesondere Otto von Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, S. 90 f. und 252 ff.; derselbe, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, S. 30 f.

5) Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht III, S. 832; siehe auch Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten. Nebst Motiven, Berlin 1857, 2. Teil, S. 46f.

gesellschaften schlug ⁶⁾. Indes, so bedeutsam und fruchtbar der Gedanke der Gesamthand für die endgültige Gestaltung des Gesellschaftsrechts auch gewesen ist, brauchbare Ansätze für die Entwicklung einer dem Gesellschaftsrecht gemäßen Regelung der Mängelhaftung hatte auch die germanistische Doktrin nicht aufzuweisen. Das mag zu einem Teil darauf zurückzuführen sein, daß die Frage der Gewährleistungspflicht des Gesellschafters für die Praxis nur geringe Bedeutung hatte und deshalb einer eingehenden wissenschaftlichen Behandlung nicht bedürftig erschien. Zum anderen wesentlichen Teil beruhte das jedoch darauf, daß auch die germanistische Lehre den sozialrechtlichen Gehalt ihres Gesellschaftsbegriffs theoretisch nicht so weit ergründet hatte, um in dieser Frage bereits ein spezifisch gesellschaftsrechtliches Problem erkennen zu können.

II. Die historischen Grundlagen des Problems.

Wenn somit der Gesetzgeber der gemeinrechtlichen Tradition gefolgt ist und für die Mängelhaftung des Gesellschafters keine besondere Regelung getroffen hat, so bedeutet das allerdings nicht, daß die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches diese Frage nicht beachtet haben. Die Entstehungsgeschichte des BGB zeigt im Gegenteil, daß sich insbesondere die erste Gesetzgebungskommission der Notwendigkeit einer Regelung sehr wohl bewußt gewesen ist. Die Frage war zudem keineswegs neu und hatte schon das gemeine Recht im Zusammenhang mit der Sacheinbringung beschäftigt. Sie war dort allerdings nicht als besonders problematisch empfunden worden. Daß der einbringende Gesellschafter wegen Eviktion und verborgener Mängel der Einlage je nach Art der Einbringung entweder wie ein Verkäufer oder wie ein Vermieter zu haften habe, war allgemeine Meinung und ergab sich für die Pandektistik schon aus dem Sozietätsbegriff und den allgemeinen Grundsätzen des Obligationsrechts ⁷⁾.

Demgemäß behandelte auch die erste Kommission das Problem unter denselben Gesichtspunkten. In den Motiven ist hierzu ausgeführt ⁸⁾:

„Der Gesellschaftsvertrag, sofern er die Gesellschafter zu der Einbringung von Gegenständen dem Rechte nach verpflichtet, enthält zweifellos einen Vertrag im Sinne der §§ 370, 381 (§ 298); die Gesellschafter haften demnach einander für Gewährleistung des veräußerten Rechts und wegen Mängel nach den allgemeinen Grundsätzen. Bezüglich der nur zum Gebrauche oder Nutzung eingebrachten Gegenstände entscheidet in dieser Richtung der Inhalt des Gesellschaftsvertrages (§ 359). Die Bestimmung des schweiz. Bd. Ges. (Art. 528), wonach diesfalls immer die Grundsätze des Mietvertrages entscheiden sollen, ist nicht unbedenklich.“

- 6) II. Entwurf §§ 657, 658; wesentlich klarer und endgültig gefaßt in den §§ 705 — 707 der vom Bundesrat beschlossenen Reichtagsvorlage (E III). Vgl. dazu die Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, S. 130 ff.; ebenso Protokolle S. 2905; ferner Entwurf eines Handelsgesetzbuches und Entwurf eines Einführungsgesetzes nebst Denkschrift, Reichtagsvorlage, Berlin 1897, Denkschrift S. 86.
- 7) Vgl. Dernburg, Pandekten, Band 2 § 126, 4a mit Note 9; Schürmann, Zur Lehre von der *societas quoad usum* und *quoad sortem*, S. 30 f. und 34. Siehe auch Knoke, Das Recht der Gesellschaft, S. 50: analoge Anwendung des ädilizischen Edikts.
- 8) Motive II S. 600.

Die Kommission sah demnach die Einbringung dem Rechte nach als einen entgeltlichen Veräußerungsvertrag an ⁹⁾. Mit dieser Auffassung befand sie sich im vollen Einklang mit der Pandektendoktrin sowie den damaligen ausländischen Kodifikationen und partikularrechtlichen Entwürfen ¹⁰⁾. Demzufolge hielt sie es auch für selbstverständlich, daß der Gesellschafter in diesem Fall nach den für die „löstigen“ Veräußerungsverträge allgemein aufgestellten Gewährleistungsvorschriften zu haften habe. Diese Vorschriften hatte die Kommission in der Erwägung, daß den Instituten der Rechts- und Sachmängelgewähr über das Kaufrecht hinaus allgemeine Bedeutung zukomme, bei den Schuldverhältnissen aus Rechtsgeschäften unter Lebenden innerhalb des Titels „Allgemeine Vorschriften“ zusammengefaßt und der Regelung der einzelnen Schuldverhältnisse einschließlich der Gesellschaft vorangestellt ¹¹⁾.

Sachlich handelte es sich hierbei jedoch bereits um die Regelung der Gewährleistung, wie sie später in das Kaufrecht übergegangen ist. Die Übernahme dieser Vorschriften in das Kaufrecht erfolgte durch die zweite Kommission. Sie ließ sich dabei von dem Gedanken leiten, daß „die Anschaulichkeit, die Verständlichkeit und die praktische Handhabung des Gesetzes gewinnen werde, wenn man die Rechtssätze vorerst auf den Kauf beschränke, auf dessen Gebiet die Hauptanwendungsfälle liegen“ ¹²⁾. Um aber andererseits ihre allgemeine Bedeutung für die entgeltlichen Veräußerungsverträge zu erhalten, fügte die Kommission die den §§ 445 und 493 BGB entsprechenden Bestimmungen in ihren Entwurf ein ¹³⁾. Diese lediglich aus gesetzestechnischen Gründen vorgenommene Änderung hat jedoch die gedankliche Verbindung der Einbringung dem Rechte nach mit der Rechtsfigur des entgeltlichen Veräußerungsvertrages nicht mehr berührt, sondern entsprechend der Absicht der Kommission nur den theoretischen Anknüpfungspunkt innerhalb des Gesetzessystems verlegt.

Hinsichtlich der Gewährleistung bei der Einbringung zum Gebrauch oder zur Nutzung hat die erste Kommission dagegen eine eindeutige Stellungnahme gescheut. Vor allem hat sie sich nicht dazu entschließen können, dem Schweizer Vorbild zu folgen und die analoge Anwendung der Gewährleistungsvorschriften des Mietrechts durch eine entsprechende Bestimmung im Gesetz zu verankern. In der Meinung, daß sich im Einzelfall eine angemessenere Lösung eher aus dem Inhalt des Gesellschaftsvertrages oder — wie sich ergänzend aus dem Hinweis auf den § 359 des

9) Vertrag im Sinne der §§ 370, 381 ist nach der Terminologie des I. Entwurfs der auf die Veräußerung eines Rechts oder einer Sache gerichtete Vertrag. Der § 298 behandelt die Gewährleistung für den rechtlichen Bestand einer abgetretenen Forderung unter Verweisung auf die §§ 370 ff. Er kehrt in erweiterter Fassung in § 437 BGB wieder.

10) Vgl. die Fußnote zu der oben zitierten Stelle in den Motiven II S. 600: Dernburg II § 219; code civil Art. 1845; Zachariä II § 380 A. 2; schweiz. Bd. Ges. Art. 528; hess. Entw. Art. 370; bayr. Entw. Art. 545, 546.

11) I. Entwurf §§ 370 — 380, 381 — 411; vgl. Motive II S. 212.

12) Protokolle S. 1312, 1345.

13) II. Entwurf §§ 386, 429; Protokolle S. 1341, 1501.

Entwurfs ergibt ¹⁴⁾ — aus dem Grundsatz von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte finden lasse, hat sie es vorgezogen, die Klärung dieses Problems der Rechtsprechung und der Rechtslehre zu überlassen.

Daß im übrigen die Frage der Mängelhaftung nicht nur bei der Einbringung zum Gebrauch oder dem Rechte nach, sondern darüber hinaus auch noch im Rahmen einer weiteren Beitragsart eine Rolle spielen kann, ist den Mitgliedern der ersten Kommission dagegen offenbar nicht bewußt gewesen. Die Motive führen zwar als mögliche Beitragsarten unter anderen auch Handlungen und Arbeitsleistungen an ¹⁵⁾, erwähnen jedoch die in diesen Zusammenhang gehörende Herstellung eines Werkes nicht besonders. Infolgedessen fehlt auch jeder Hinweis darauf, nach welchen Regeln die mangelhafte Beschaffenheit eines im Rahmen des Beitragsversprechens hergestellten oder gelieferten Werkes auszugleichen ist.

Die Einstellung der ersten Kommission zu diesem Fragenkomplex ist ohne jede Einschränkung für die weitere Gesetzgebungsarbeit maßgebend geblieben. Die zweite Kommission hat, wie die Protokolle erkennen lassen, in der Sache selbst keinen eigenen Standpunkt bezogen. Auch im Verlaufe der eigentlichen Gesetzgebungsprozedur ist die Frage der Mängelhaftung des Gesellschafters nicht mehr aufgegriffen worden. Entscheidend hierfür war nicht zuletzt, daß das Recht der Gesellschaft bereits in dem vom Bundesrat redigierten und dem Reichstag vorgelegten Entwurf (E III) seine endgültige Gestalt gefunden hatte. Nachdem die Reichstagskommission sodann in ihren Beratungen den die Gesellschaft betreffenden 14. Titel dieser Vorlage ohne Diskussion angenommen hatte ¹⁶⁾, war auch die Frage der Mängelhaftung endgültig aus dem Recht der Gesellschaft ausgeklammert. Das Plenum hat schließlich sein Placet zu dieser Regelung gegeben ¹⁷⁾ und sich damit die Konzeption der ersten Kommission zumindest stillschweigend zu eigen gemacht.

III. Die theoretischen Grundlagen des Problems.

Die historische Untersuchung bestätigt somit die gleichermaßen aus der bloßen Wortinterpretation zu ziehende Folgerung, daß das Gesetz die Frage der Mängelhaftung des Gesellschafters nur unvollständig geregelt hat. Das ist, wie die Motive zeigen, teils bewußt, teils unbewußt geschehen. Soweit es sich nämlich um die Nutzenbringung handelt, hat es der Gesetzgeber absichtlich unterlassen, eine besondere Regelung zu treffen. Im Falle

14) § 359 des I. Entwurfs lautet: „Der Vertrag verpflichtet den Vertragsschließenden zu demjenigen, was sich aus den Bestimmungen und der Natur des Vertrages nach Gesetz und Verkehrssitte sowie mit Rücksicht auf Treu und Glauben als Inhalt seiner Verbindlichkeit ergibt“. Diese Vorschrift ist später in § 157 BGB aufgegangen.

15) Motive II S. 596.

16) Vgl. den von Enneccerus erstatteten Kommissionsbericht, Drucksache Nr. 440, 9. Legislaturperiode, IV. Session, 1859/96, S. 96.

17) Vgl. die Sitzungsniederschriften des Reichstags in Mugdan, Materialien, Band I S. 846 ff., Band II S. 1310 ff. und 1403 ff.

des Werkbeitrages beruht das Fehlen einer einschlägigen Regelung darauf, daß der Gesetzgeber das Bedürfnis für ihre Normierung überhaupt nicht gesehen hat. In beiden Fällen weist das Gesetz demnach eine echte Lücke auf. Damit enthält es zugleich aber auch das Gebot, diese Lücke auszufüllen. Das ergibt sich zwangsläufig aus der rechtsphilosophisch begründeten Forderung nach der Lückenlosigkeit der Rechtsordnung¹⁸⁾.

Nach denselben Grundsätzen ist aber auch der Fall der Rechteinbringung zu beurteilen. Daß das Gesetz hier in den §§ 445 und 493 BGB immerhin einen theoretischen Anknüpfungspunkt für die Mängelhaftung gibt, macht im Ergebnis keinen Unterschied. Die in diesen Vorschriften enthaltenen Analogieklauseln dürfen in ihrer Bedeutung für die Lösung des Problems nicht überschätzt werden. Trotz der historisch belegten gedanklichen Verbindung mit der Einbringung weisen diese Bestimmungen weder nach ihrem Wortlaut noch nach ihrer systematischen Stellung einen unmittelbaren Zusammenhang mit dem Recht der Gesellschaft auf. Ob sie die ihnen zugedachte Funktion zu erfüllen vermögen, hängt davon ab, wieweit eine Subsumtion gesellschaftsrechtlicher Tatbestandselemente unter den entgeltlichen Veräußerungsvertrag möglich ist¹⁹⁾.

Bejaht man dies, so wäre allerdings ein Fall gesetzlich vorgeschriebener Analogie gegeben. Andernfalls läge auch hier, wie bei der Nutzeinbringung und der Werkleistung, eine echte Gesetzeslücke vor. Für die methodische Behandlung des Problems würden sich daraus jedoch keine nennenswerten Abweichungen ergeben. Hier wie dort besteht die Notwendigkeit, Grundsätze fremder Tatbestandstypen nach den Grundsätzen analoger Rechtsanwendung zu übertragen. Das damit verbundene Problem der Normanpassung ist daher in beiden Fällen gleich bedeutsam.

Die Frage der Mängelhaftung des Gesellschafters ist demnach rechtstechnisch nur mit Hilfe der analogen Rechtsfindung zu lösen. Erstes Erfordernis der Analogie ist die tatbestandsmäßige Verwandtschaft des regelungsbedürftigen Sachverhalts mit den Tatbestandselementen des gesetzlich geregelten Falles. Allein darin erschöpft sich das Wesen der Analogie nicht. Neben die tatsbestandsmäßige Entsprechung muß für beide Fälle eine gewisse Gleichheit der Interessenlage treten. Es ist daher mit Recht darauf hingewiesen worden, daß die Methode der Analogie nicht nur ein logisches, sondern zugleich auch ein teleologisches Verfahren ist²⁰⁾. Denn die Analogie hat auf die Verwirklichung einer richtigen, das heißt gerechten und interessengemäßen Entscheidung abzu zielen. Erst das mit den obersten Grundsätzen der Rechtsordnung in Einklang stehende Ergebnis rechtfertigt die Anwendung der Analogie²¹⁾.

Gleichheit der Leistungstatbestände und Gleichheit der Interessenlage sind demnach die beiden Voraussetzungen, unter denen die vom Gesetz aufgestellten Regeln der Mängelhaftung im Rahmen des Gesellschaftsrechts zur Anwendung gelangen können.

18) W. Sauer, Juristische Methodenlehre, S. 280 ff.

19) Diese Frage wird weiter unten noch eingehend zu untersuchen sein; siehe S. 14 ff.

20) Staudinger-Brändl, Allgemeiner Teil, Einleitung Anm. 64; Reichel, Gesetz und Richterspruch, S. 103.

21) Sauer, a. a. O. S. 306 f. Reichel, a. a. O. S. 103. Enneccerus-Nipperdey, a. a. O. S. 211; Bartholomeyczik, a. a. O. S. 90; von Tuhr, Grundlagen und Ausbau des Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 104; Weigelin, Die Lücken im Recht, Jher. Jb. Band 88 S. 12 f.

1 Wesen und Begriff der Mängelhaftung im allgemeinen.

Die den Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander entsprechenden Haftungstatbestände sind im Recht der einzelnen Schuldverhältnisse zu suchen, da der Gesetzgeber darauf verzichtet hat, die Rechts- und Sachmängelhaftung allgemein zu regeln. Die Folge davon ist, daß auch die Rechtstheorie bisher keinen allgemeingültigen Begriff der Mängelhaftung herausgebildet hat. Die Lehrbücher beschränken sich durchweg darauf, ihre Funktion bei den einzelnen Schuldvertragstypen darzustellen. Soweit sie monographisch untersucht worden ist, wird ihre Problematik fast ausschließlich im Hinblick auf das Kaufrecht behandelt.

Die begriffliche Klärung leidet nicht zuletzt darunter, daß die Frage der Mängelhaftung gewöhnlich unter dem Gesichtspunkt der im römischen Recht entwickelten Gewährleistung abgehandelt wird. Da der Begriff der Gewährleistung aber keineswegs eindeutig verwendet wird, ist er in dieser Form nicht ohne weiteres geeignet, das Wesen der Mängelhaftung zu erhellen. Versteht man nämlich mit Schollmeyer²²⁾, Süss²³⁾, Flume²⁴⁾ und anderen²⁵⁾ unter Gewährleistung das von der Erfüllungspflicht streng geschiedene Entstehen für einen nicht geschuldeten Leistungserfolg²⁶⁾, so kann allenfalls die Sachmängelhaftung beim Speziaikauf als ein Fall echter Gewährleistung angesprochen werden. Schon die Rechtsmängelhaftung des Verkäufers fiel dann nicht mehr unter den Begriff der Gewährleistung, da sie nach dem BGB unbestritten die Folge der Nichterfüllung einer ursprünglich geschuldeten Leistung ist. Dasselbe hätte für die Mängelhaftung beim Mietvertrag und beim Werkvertrag zu gelten, bei denen die Verschaffung oder Gebrauchsgewährung einer von Rechts- und Sachmängeln freien Sache ebenfalls Inhalt der eigentlichen Leistungspflicht ist²⁷⁾.

22) Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf, Jher Jb. Band 49 S. 93 ff.

23) Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel, S. 19 ff., 90 ff. und öfter.

24) Eigenschaftsirrtum und Kauf, S. 35 ff., insbesondere S. 35 f., 41 und 51.

25) Leonhard, Besonderer Teil, S. 80; Oertmann, § 433 Anm. 2a; Siber, Schuldrecht, S. 237; Lorenz, Besonderer Teil, S. 51 f.

26) Flume, a. a. S. 41, unterscheidet allerdings zwischen Nichterfüllung eines Vertrages und Nichterfüllung einer Vertragspflicht. Nach seiner Auffassung ist, da der Kaufvertrag auf die Leistung der Kaufsache in mangelfreiem Zustand gerichtet ist, die Leistung einer mangelhaften Sache zwar die Nichterfüllung einer Vertragspflicht, dagegen nicht die „Nichterfüllung einer Erfüllungspflicht“, weil das Gesetz insoweit eine Erfüllungspflicht nicht konstituiert.

27) Vgl. zu diesen Fragen insbesondere Süss, a. a. O. S. 12 ff., 18 f., 20 ff., 102 ff., 105 ff., 108, 110 ff. Es ist jedoch schon sehr bestritten, ob die Freiheit von Sachmängeln Inhalt der primären Leistungspflicht des Verkäufers ist oder nicht. Die ältere und wohl noch herrschende Lehre verneint dies zwar, doch sind dagegen bereits beachtliche Gegenstimmen laut geworden. Vgl. hierzu Enneccerus – Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, § 108 I a. E. und Lorenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II S. 51 ff. – Diese Frage wird in anderem Zusammenhang wiederkehren; siehe S. 67 f.

Unter dem so verstandenen Begriff der Gewährleistung läßt sich demnach die Rechts- und Sachmängelhaftung in ihren allgemeinen Merkmalen nicht beschreiben. Gibt man jedoch die für diesen engen Gewährleistungsbegriff eigentümliche Gegenüberstellung von Erfüllungspflicht und Gewährschaft auf und legt man statt dessen den Ton lediglich auf das Einstehen für einen bestimmten Leistungserfolg, so ergibt sich daraus ein brauchbares Kriterium für die Wesensbestimmung der Mängelhaftung. Vor allem lassen sich unter diesem Gesichtspunkt die Fälle der Mängelhaftung eindeutig von denen der übrigen Leistungsstörungen abgrenzen. Während nämlich die Haftung für Unmöglichkeit, Verzug und positive Forderungsverletzung auf dem im Schuldvertragsrecht vorherrschenden Verschuldensprinzip aufgebaut ist, läßt das Gesetz den Schuldner für die Mängelfreiheit seiner Leistung grundsätzlich ohne Rücksicht auf ein etwaiges Verschulden einstehen.

Die Rechts- und Sachmängelhaftung, obwohl in ihrem gesetzlichen Erscheinungsbild unterschiedlich ausgestaltet, zählt somit zu den wenigen Fällen der reinen Erfolgshaftung im rechtsgeschäftlichen Verkehr²⁸⁾. Dem entspricht es auch, daß das Gesetz in der Wandlung und Minderung zwei besondere, für die Mängelhaftung typische Rechtsbehelfe zur Verfügung stellt. Sie finden sich sowohl beim Kauf (§ 462 BGB), als auch bei Werkvertrag (§ 634 BGB) und der Miete (§ 537 BGB), bei der letzten allerdings mit der Besonderheit, daß wegen ihres Charakters als Dauerschuldverhältnis an die Stelle der Wandlung die Kündigung tritt (§ 542 BGB)). Neben diesen beiden Rechtsbehelfen besteht bei Miete und Werkvertrag als weitere eigentümliche Haftungsfolge noch die Verpflichtung zur Nachbesserung oder Mängelbeseitigung (§§ 536, 538 und 633 Abs. 2 BGB).

Diese für die Mängelhaftung charakteristischen Rechtsbehelfe heben sich somit nach Rechtsgrund und Rechtsfolge erkennbar von dem Haftungsschema der übrigen Leistungsstörungen ab. Die Institute der Wandlung und Minderung machen aber auch noch ein weiteres deutlich. Sie sind ihrer Funktion nach von vornherein — und auch damit wieder im Gegensatz zu den Rechtsbehelfen bei Unmöglichkeit, Verzug und positiver Forderungsverletzung (§§ 275 ff., 284 ff. BGB) — auf den Ausgleich gestörter Äquivalenz angelegt. Von Äquivalenzstörung kann jedoch sinnvoller Weise nur gesprochen werden im Zusammenhang mit Rechtsverhältnissen, für welche die Beziehung von Leistung und Gegenleistung wesentlich ist. Das muß nun nicht unbedingt bedeuten, daß damit das Problem der Äquivalenz allein bei den sogenannten gegenseitigen Verträgen auftaucht. Es schließt aber andererseits mit begrifflicher Notwendigkeit alle einseitigen Schuldverhältnisse aus dem Problemkreis aus. Das gilt vor allem für die unentgeltlichen Rechtsgeschäfte wie Schenkung und Leihe. Da hier für den Ausgleichsgedanken kein Raum ist, wären Wandlung und Minderung ohne Sinn und fehl am Platze. Deshalb wird bei ihnen für mangelhafte Erfüllung auch nur auf Schadensersatz gehaftet und — da eine so strenge Haftung, wie sie die Gewährleistung ihrem Wesen nach darstellt, der Unentgeltlichkeit der Leistung widersprechen würde — folgerichtig auch nur im Falle des Verschuldens in der Form der culpa in contrahendo²⁹⁾.

28) Esser, a. a. O. S. 484; Polandt-Danckelmann, § 276 Anm. 10 a; für die Sachmängelhaftung auch Stoll, a. a. O. 42.

29) Süss, a. a. O. S. 108, 110; Stoll, a. a. O. S. 42.

Ihrer allgemeinen Natur nach ergänzt die Mängelhaftung somit die Verschuldenshaftung der übrigen Leistungsstörungen im Bereich der entgeltlichen Schuldverträge. Darüber hinaus ist sie ihrer Funktion nach aber auch noch begrenzt auf ganz bestimmte Leistungstatbestände. Diese können induktiv dahin umschrieben werden, daß sie entweder auf Rechts- oder Eigentumsverschaffung, auf Überlassung eines Vermögensgegenstandes zum Gebrauch oder zur Nutzung oder auf die Herstellung einer Sache gerichtet sein müssen. Für die Mängelhaftung scheiden damit aus dem Kreis der entgeltlichen Obligationen weiterhin diejenigen Tatbestandstypen aus, die nicht die Verpflichtung zu gegenständlichen Leistungen zum Inhalt haben.

In diesem Rahmen nun stellt die Rechtsmängelhaftung die typische Sanktion für die Beeinträchtigung des geschuldeten Leistungserfolges durch entgegenstehende Rechte Dritter dar, während die Sachmängelhaftung den Ausgleich für die Leistung einer mit Fehlern behafteten Sache schafft ³⁰⁾.

2. Das gesellschaftsrechtliche Einlagegeschäft und seine rechtliche Typisierung.

Was nun die Frage nach einem für die Analogie notwendigen entsprechenden Tatbestand angeht, so ergibt sich zunächst, daß der Gesellschaftsvertrag, wie er in § 705 BGB definiert ist, keinen genau umrissenen Leistungstatbestand enthält, der im Sinne der vorstehenden Erörterungen als Anknüpfungspunkt für die Mängelhaftung des Gesellschafters gelten könnte. Das Wesen der Gesellschaft besteht vielmehr nach § 705 BGB ganz allgemein in der Verpflichtung, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern ³¹⁾. Mit welchen rechtlich zulässigen Mitteln das geschieht, ist für den Gesellschaftsbegriff selbst unerheblich ³²⁾.

30) Ob man diese Haftungsfälle unter der Bezeichnung „Gewährleistung“ zusammenfassen will, ist letzten Endes eine terminologische Frage. Rein sprachlich wäre dagegen nichts einzuwenden, da „gewährleisten“ dem Wortsinn nach nichts anderes als „für etwas einstehen“ bedeutet. In diesem weiteren Sinne wird der Ausdruck beispielsweise von den in Note 27) Genannten gebraucht. Auch das Lehrbuch von Enneccerus-Lehmann behandelt die Rechtsmängelhaftung beim Kauf unter der Überschrift „Gewährleistung für Mängel im Recht“, obwohl es in § 106 I 3 mit dem engeren Gewährleistungsbegriff operiert. Das Gesetz selber verwendet den Begriff z. B. in den §§ 443, 523 Abs. 2, 524 Abs. 2 ebenfalls in dem weiteren Sinne.

31) Mit diesem Merkmal bildet die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft zugleich die dogmatische Grundlage für die Personengesellschaften des Handelsrechts (§§ 105 Abs. 2.; 161 Abs. 2 HGB). Eine begriffliche Einschränkung besteht — abgesehen von der unterschiedlichen Haftung im Außenverhältnis — nur insofern, als bei ihnen der Gesellschaftszweck ausnahmslos auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet sein muß.

32) Auf die Unerheblichkeit des Leistungsinhalts als Merkmal des Gesellschaftsbegriffs wird insbesondere von Wieland, Handelsrecht, Band I S. 453, hingewiesen; ebenso, jedoch unter verschiedenen Gesichtspunkten: Hoeniger, Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, S. 18, 45 f. und öfter, sowie Schreiber, Gemischte Verträge, Jher. Jb. Band 60 S. 222, und Jung, Jher. Jb. Band 69 S. 71.

Der Unbestimmtheit des Leistungsinhalts beim Gesellschaftsbegriff entspricht auf der anderen Seite die Unbegrenztheit der Leistungsarten, deren sich die Gesellschafter im Einzelfalle zur Verwirklichung ihrer Gemeinschaftsinteressen bedienen können. Als bedeutsamste Leistungsart erwähnt das Gesetz in § 705 BGB ausdrücklich die Beiträge der Gesellschafter. Unter Beitrag wird dabei im weitesten Sinne jede vermögenswerte Leistung verstanden, die zur Förderung des jeweiligen Gesellschaftszwecks geeignet ist³³⁾. Zu ihnen gehören vor allem Geld und Sachgüter, ferner gewerbliche Schutzrechte, Forderungen und sonstige übertragbare Rechte, sowie Werk- und Dienstleistungen (§ 706 Abs. 3 BGB), Unterlassungen und dergleichen.

Aus der Fülle der möglichen Beitragsarten sind unter dem Gesichtspunkt der Mängelhaftung jedoch nur diejenigen von Interesse, die die Leistung von Rechten oder Sachen zum Gegenstand haben. Mit dieser Einschränkung finden die Beiträge auch ihr begriffliches Gegenstück in den Einlagen. Zwar werden nach allgemeinem juristischem Sprachgebrauch die Beiträge gewöhnlich als die noch zu bewirkenden Leistungen den Einlagen als den bereits erbrachten Leistungen gegenübergestellt³⁴⁾. Davon abgesehen ist aber der Einlagebegriff auch inhaltlich enger als der Beitragsbegriff. Einlagen sind Bestandteile des Gesellschaftsvermögens; Gesellschaften, die kein eigenes Gesellschaftsvermögen bilden, kennen demnach keine Einlagen. Das schließt aber nicht aus, daß bei ihnen trotzdem Beitragsleistungen möglich und in der Regel sogar unerläßlich sind; denn für den Beitragsbegriff ist nicht wesentlich, daß sie wertmäßig in das gemeinschaftliche Vermögen der Gesellschafter fließen.

Zu den Einlagen rechnen deshalb nur solche Beiträge, die den Wert des Gesellschaftsvermögens bilanzmäßig erhöhen³⁵⁾ und die bei der Auflösung der Gesellschaft entweder ihrer Substanz (§ 732 BGB) oder ihrem Werte (§ 733 Abs. 2 BGB) nach an die Gesellschafter zurückzuerstatten sind. Wenn das Gesetz in § 733 Abs. 2 BGB trotzdem die nicht erstattungsfähigen Dienstleistungen als Einlage bezeichnet, so bedient es sich hier einer ungenauen Ausdrucksweise, die im Widerspruch zu der sonstigen Verwendung des Begriffs in den §§ 733, 734, 735 und 739 BGB steht³⁶⁾.

Die Mängelhaftung des Gesellschafters kann sich mithin nur auf rechtliche und tatsächliche Mängel der jeweiligen Einlage beziehen. Die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen der Haftung sind deshalb auch nicht wie bei den durch ihren Leistungsinhalt individualisierten Austauschgeschäften bereits im Gesellschaftsbegriff festgelegt. Der maßgebliche Leistungstatbestand wird bei der Gesellschaft vielmehr erst durch die auf die Einbringung oder Herstellung eines Vermögensgegenstandes gerichtete Bei-

33) RGR-Komm., § 706 Anm. 1.

34) RGZ Band 76 S. 278; RG in DR 1942 S. 141; Palandt-Gramm, § 706 Anm. 1 a. Vgl. auch § 707 BGB.

35) Laband, Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften II, ZHR Band 31 S. 24 f.; Wieland, a. a. O. S. 538 und 543 f.; Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts II 2, S. 776; Staudinger-Geiler, § 733 Anm. 13: „Einlagen sind nur solche (sc. Beiträge), welche ein Aktivum im Gesellschaftsvermögen bilden können.“

36) Vgl. Wieland, a. a. O. S. 538 Note 1; Soergel-Erdsiek, § 706 Anm. 1, Riezler, Arch. Bürg. R. Band 27 S. 238 ff.; Staudinger-Geiler, § 733 Anm. 13.

tragsabrede geschaffen. Denn nur die Erfüllung der auf diese Fälle beschränkten Beitragspflicht birgt die Möglichkeit von Störungen in sich, die nach dem Aufbau des Gesetzes typischerweise die Verpflichtung zur Mängelgewähr auslösen.

Die Mängelhaftung des Gesellschafters erweist sich folglich als das rechtstheoretische Korrelat zum gesellschaftsrechtlichen Einlagegeschäft. Damit tritt der Gesellschaftsbegriff in seiner Bedeutung für die Behandlung des Problems vorerst in den Hintergrund. In den Mittelpunkt der Betrachtung rücken zunächst die Leistungstatbestände des Einlagegeschäfts, deren rechtliche Typisierung über die grundsätzliche Anwendbarkeit der im besonderen Schuldrecht normierten Haftungsregeln zu entscheiden hat.

a) Die Einbringung eines Vermögensgegenstandes.

Die klassische und in der Praxis häufigste Form der Einlage ist die Einbringung einer Sache oder eines Rechts. Sie vollzieht sich in den für die Rechtsübertragung und Gebrauchseinräumung vorgeschriebenen Formen. Grundstücke sind aufzulassen, bewegliche Sachen sind zu übergeben, Forderungen sind abzutreten. Soweit für die Verschaffung eines Rechts die bloße Einigung genügt, wird diese häufig schon im Gesellschaftsvertrage selbst enthalten sein. Daß dies, wie Staudinger-Geiler meinen³⁷⁾, immer der Fall ist, wenn nichts Abweichendes vereinbart ist, ist allerdings nicht einzusehen. Maßgebend bleibt der Parteiwille und es besteht keine Vermutung, die eine derartige Folgerung rechtfertigt. Im Zweifelsfall entscheidet immer die Auslegung des Vertrages.

aa) Die Formen der Einbringung.

Die Einbringung begründet in ihrem Vollzug die rechtliche Zuordnung der Einlage zur Gesamthand. Diese Zuordnung kann in zweierlei Weise erfolgen. Die Einlage kann entweder in die Rechtszuständigkeit oder — bei Sacheinlagen — in das Eigentum der Gesamthand übergehen (§ 718 BGB), oder sie kann ihr zum Gebrauch oder zur Nutzung überlassen werden. Die zweite Form der Einbringung bezeichnet das Gesetz in den §§ 733 Abs. 2 und 738 Abs. 1 BGB als Überlassung eines Gegenstandes zur Benutzung und faßt damit in zutreffender Ausdrucksweise die Tatbestände des Sachgebrauchs und der Rechts- und Sachnutzung zusammen.

Welche Form der Einbringung gewollt ist, ergibt sich aus dem Gesellschaftsvertrag. Für den Fall, daß er diese Frage nicht eindeutig entscheidet, gibt das Gesetz im § 706 Abs. 2 zwei Auslegungsregeln. Danach wird im Zweifel vermutet, daß vertretbare oder verbrauchbare Sachen zu Eigentum eingebracht werden sollen. Dasselbe gilt für nicht vertretbare und nicht verbrauchbare Sachen, wenn sie nach einer Schätzung beizutragen sind, die nicht bloß für die Gewinnverteilung bestimmt ist.

Neben diesen beiden Grundformen wird in der Literatur und in der Rechtsprechung verschiedentlich noch eine dritte Möglichkeit der Einbringung behandelt. Sie besteht darin, daß zwar das Eigentum oder das Recht an dem Einlagegegenstand bei dem einbringenden Gesellschafter verbleibt, die Einlage aber im Verhältnis der Gesellschafter zueinander gleichwohl als zum Gesellschaftsvermögen gehörig behandelt wird³⁸⁾.

37) § 706 Anm. 8.

38) Wieand, a. a. O. S. 541; Staub-Pinner, HGB, § 111 Anm. 9; Müller-Erbach, Deutsches Handelsrecht. S. 193; Staudinger-Geiler, § 706 Anm. 14; Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, § 14 Note 3; RGZ Band 54 S. 280 und Band 109 S. 382; KGJ Band XVII S. 264.

Diese Art der Einbringung wird gewöhnlich mit *societas quoad sortem* bezeichnet und so auch terminologisch von der *societas quoad dominium* geschieden ³⁹⁾. Beide Begriffe werden jedoch nicht immer einheitlich gebraucht. So verwenden die Autoren, die die dritte Art der Einbringung nicht erwähnen, den Ausdruck *societas quoad sortem* durchweg zur Kennzeichnung der Rechtseinbringung ⁴⁰⁾, manchmal aber auch gleichbedeutend mit ihr ⁴¹⁾. Staub-Pinner wiederum bezeichnen nur die Einlage *quoad dominium* als echte Einbringung und stellen ihr die *societas quoad usum* und *quoad sortem* als uneigentliche Einbringung gegenüber ⁴²⁾. Trotz dieses schwankenden Sprachgebrauchs bestehen jedoch hinsichtlich der rechtlichen Merkmale der einzelnen Einbringungstatbestände keinerlei Meinungsverschiedenheiten.

Die praktische Bedeutung dieser dritten Einbringungsform ist allerdings nicht groß. Die aus der Rechtsprechung bekannten Fälle beziehen sich ausschließlich auf Grundstücke, die aus irgendwelchen Gründen nicht an die Gesamthand aufgelassen oder nicht mehr im Grundbuch umgeschrieben worden sind. Einen typischen Fall dieser Art behandelt das Reichsgericht in RGZ Band 109 S. 380 ff. Die Entscheidung spricht zwar nicht ausdrücklich von einer Einbringung *quoad sortem*, meint aber in der Sache dasselbe, wenn sie sagt, das Grundstück sei „zur Benutzung und seinem jeweiligen Werte nach eingebracht (a. a. O. S. 283).

Wenn hier ebenso wie in RGZ Band 54 S. 280 von Einbringung den Werte nach die Rede ist, so darf das freilich nicht, wie Schroth das tut ⁴³⁾, so verstanden werden, daß das Reichsgericht den „Wert“ der Einlage als den eigentlichen Gegenstand der Einbringung bezeichnen will. Es soll damit vielmehr in formelhafter Kürze zum Ausdruck gebracht werden, daß die Einlage nicht nur zur Benutzung, sondern auch wertmäßig in das Gesellschaftsvermögen aufgenommen wird und infolgedessen auch das rechtliche und wirtschaftliche Schicksal des gemeinschaftlichen Vermögens teilt ⁴⁴⁾.

Wesentlich ist vor allem, daß bei der Einbringung *quoad sortem* — wie bei der Einbringung dem Rechte nach — die Gefahr des eingebrachten Gegenstandes auf die Gesellschaft übergeht. Insofern besteht ein charakteristischer Unterschied zur Einbringung *quoad usum*. Während bei dieser nach § 732 Satz 2 BGB die Gefahr für den Untergang oder die Verschlechterung der Einlage den einbringenden Gesellschafter trifft, ist bei der Einbringung *quoad sortem* auch nach dem Untergang der Einlage

39) Vgl. die zu Note 38 Genannten.

40) Z. B. Knoke, Das Recht der Gesellschaft, S. 28, 30; Oertmann, BGB § 706 Anm. 4; Warneyer, BGB, § 706 Anm. I.

41) U. a. Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 177 II 1 b (in den neuesten Auflagen); Esser, a. a. O., § 295, 2; Haupt-Reinhardt, a. a. S. 32.

42) a. a. O., § 111 Anm. 9.

43) Der Aufbau der Gesellschaft des BGB als Schuldverhältnis und als Gemeinschaftsverhältnis, S. 154: „Ferner ist die Behauptung zurückzuweisen, daß den Gesellschaftern der „Wert“ eines Gegenstandes zur gesamten Hand zustehen könne, während das Recht selbst einem anderen Subjekt zukomme.“ (unter Bezugnahme auf RGZ Band 109 S. 383).

44) Siehe hierzu Wieland, a. a. O. S. 495.

ihr Wert aus der Liquidationsmasse zu erstatten. Umgekehrt muß sich der quoad sortem Einbringende einen etwaigen Verlustanteil auf den Wert der Einlage anrechnen lassen, während der quoad usum Einbringende seine Einlage vorab zurückerhält (§ 732 Satz 1 BGB), ohne damit bei der Liquidation einen möglichen Verlust der Gesamthand ausgleichen zu müssen.

Die für die *societas quoad sortem* charakteristischen Merkmale bestehen demnach darin, daß Gefahr, Lasten und Nutzen der Einlage bei der Gesamthand liegen. Darüber hinaus kann der Gesamthand aber auch noch die Befugnis eingeräumt sein, über den eingebrachten Gegenstand im Rahmen des Gesellschaftszwecks zu verfügen⁴⁵⁾. Ein instruktives Beispiel bildet die von Wieland erwähnte Parzellierungsgesellschaft⁴⁶⁾, bei der nach außen hin keine Rechtsübertragung stattfindet, die Gesamthand aber im Innenverhältnis die Stellung des Rechtsinhabers eingeräumt bekommt.

Mit diesen Merkmalen ist die Einlage quoad sortem, wenn auch nicht formell, so doch im wirtschaftlichen Ergebnis wie ein dem Rechte nach gemeinschaftlich gewordener Gegenstand eingebracht. Sie wird deshalb auch hinsichtlich der Mängelhaftung nach denselben Regeln zu behandeln sein, wie die Einbringung quoad dominium⁴⁷⁾.

Die Möglichkeit, daß der formell berechtigte Gesellschafter vertragswidrig über den quoad sortem eingebrachten Gegenstand verfügt, bietet keine Besonderheit und ist für die Mängelhaftung ohne Bedeutung. Die vertragswidrige Verfügung stellt eine positive Forderungsverletzung dar und ist nach den allgemeinen Regeln zu beurteilen. In dieser Beziehung gilt nichts anderes, als bei der Einbringung zur Benutzung, bei welcher der einbringende Gesellschafter gleichfalls verpflichtet ist, jede Rechtshandlung zu unterlassen, die die Gebrauchsüberlassung stört oder vereitelt.

Für die Mängelhaftung wirft die Einbringung quoad sortem mithin keine besonderen Fragen auf. Die rechtliche Typisierung der Einbringungstatbestände kann sich daher auf die beiden Formen der Rechts- und Nutzeinbringung beschränken.

bb) Die Einbringung dem Rechte nach.

In Übereinstimmung mit der gemeinrechtlichen Auffassung sieht man die Einbringung dem Rechte nach als einen entgeltlichen Veräußerungsvertrag an und folgert daraus, daß auf sie die Gewährleistungsvorschriften des Kaufrechts anzuwenden sind (§§ 445, 493 BGB)⁴⁸⁾.

Diese Ansicht ist jedoch nicht ohne Widerspruch geblieben. So wehrt sich beispielsweise Titze⁴⁹⁾ gegen die unmittelbare Heranziehung der §§ 445, 493 BGB mit der Begründung, der Gesellschaftsvertrag sei nicht als

45) So z. B. Wieland, Standinger-Geiler, Hueck und Erman-Wenck. Die Einräumung der Verfügungsbefugnis ist jedoch für die *societas quoad sortem* nicht wesentlich, wie die angeführten Gerichtsentscheidungen zeigen.

46) a. a. O. S. 541.

47) Vgl. Staudinger-Geiler, § 706 Anm. 14.

48) So z. B. Knoke, a. a. O. S. 30 und 50 f.; Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 119, 3 und § 177 II 1 b; Haupt-Reinhardt, a. a. O. S. 32; Würdinger, Gesellschaften I, § 16 IV 1. — Oertmann, § 706 Anm. 3; Planck, § 706 Anm. 3; RGR-Komm., § 706 Anm. 3; Soergel-Erdsiek, § 706 Anm. 2 und viele andere.

49) Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, S. 316 f.

ein entgeltlicher Vertrag im Sinne dieser Bestimmungen anzusprechen, wobei er allerdings den entgeltlichen Vertrag mit dem gegenseitigen Vertrag identifiziert. Zudem, so meint er, stehe die Herabminderung des Verschuldensmaßes in § 708 BGB der Anwendung der strengen Haftung des Verkäufers auf die Gesellschaft entgegen. Er empfiehlt statt dessen die entsprechende Anwendung der §§ 443 ff., 459 ff. BGB in dem Sinne, in welchem das Gesetz selbst bei einseitigen und lukrativen Schuldverhältnissen, wie z. B. in den §§ 523, 524 und 1624 Abs. 2 BGB, auf diese Vorschriften Bezug nimmt.

Leonhard wiederum will zwar auf die Eigentumsverschaffung die §§ 445, 493 BGB anwenden ⁵⁰⁾, stellt aber in Abrede, daß es außer Kauf und Tausch selbständige Verträge auf entgeltliche Veräußerung gebe ⁵¹⁾. Sofern, wie beim Gesellschaftsvertrage, eine Veräußerungspflicht als Bestandteil eines anderen Vertrages erscheint, ergibt sich nach seiner Auffassung die Anwendung der Kaufregeln bereits aus den Grundsätzen, die für gemischte Verträge gelten.

Noch anders will Otto von Gierke entscheiden. Er will den Gesellschafter in Analogie zu § 757 BGB wie einen Verkäufer Gewähr leisten lassen ⁵²⁾.

Kress schließlich ist der Meinung, die „Überlassung des Wertgebrauchs“, wie er die Einbringung dem Rechte nach nennt, stehe dem Darlehen am nächsten; denn von der „Substanzleistung“, der Einbringung zur Benutzung, unterscheide sie sich dadurch, daß der Wert bei der Auseinandersetzung zurückzuerstatten sei. Er hält aber trotzdem bei Sachleistungen die Vorschriften der §§ 459 ff. BGB für entsprechend anwendbar ⁵³⁾.

50) Besonderes Schuldrecht des BGB, S. 279.

51) a. a. O. S. 111. Diese Meinung ist jedoch nur unter der Voraussetzung richtig, daß mit dem von ihm angewendeten Begriff der selbständigen Vertragsarten die im BGB normierten Vertragstypen gemeint sind. Eine derartige Einschränkung ist aber kaum zu begründen. Das Recht der Schuldverträge untersteht grundsätzlich dem Prinzip der Vertragsfreiheit, und zwar nicht nur im Sinne der Abschlußfreiheit, sondern auch im Sinne der freien Gestaltung des Inhalts. In diesem letzten Sinne schließt die Vertragsfreiheit notwendig auch die Typenfreiheit in sich; vgl. Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., Zweiter Halbband § 163 V Note 15. So kann beispielsweise ein Wirtschaftsgut Gegenstand eines entgeltlichen Veräußerungsvertrages sein, das weder als Sache noch als Recht klassifiziert werden kann, wie Gewinnchance, Fabrikationsgeheimnis oder Reklameidee. Ebenso kann das Entgelt in jeder beliebigen nicht gegenständlichen Gegenleistung bestehen. Verträge dieser Art sind demnach keine Kauf- oder Tauschverträge, da die Verpflichtung mindestens der einen Vertragspartei nicht auf die Veräußerung eines den Kauf oder Tausch typisierenden Gegenstandes gerichtet ist. Daß auf sie die Vorschriften des Kaufrechts entsprechend angewendet werden (RGZ Band 63 S. 59; 67 S. 386), zeigt aber, daß es auch nichttypische entgeltliche Veräußerungsverträge gibt. Die §§ 445, 493 BGB hätten andernfalls auch gar keinen Sinn.

52) Deutsches Privatrecht III, S. 837 Note 32. Statt § 757 BGB heißt es an dieser Stelle zwar § 767 BGB, doch handelt es sich hierbei offenbar um einen Druckfehler.

53) Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, S. 72 Note 12.

So vereinzelt und uneinheitlich diese Gegenstimmen auch sind, sie sind immerhin gewichtig und lassen es fraglich erscheinen, ob der Zugang zu den Gewährleistungsvorschriften des Kaufrechts über die §§ 445 und 493 BGB theoretisch überhaupt möglich ist. Es ist bereits auf S. 5 darauf hingewiesen worden, daß dies nur dann geboten ist, wenn sich das auf die Rechtsverschaffung abzielende Einlagegeschäft unter den Tatbestand des entgeltlichen Veräußerungsvertrages einordnen läßt.

Daß dies erkennbar den Absichten des Gesetzgebers entspricht, kann dafür nicht entscheidend sein. Dem Willen des Gesetzgebers kommt, sofern er im Gesetz einen Niederschlag gefunden hat, lediglich die Bedeutung eines im Wert recht unterschiedlichen Hilfsmittels für die Auslegung des Gesetzes zu⁵⁴⁾. In dieser Hinsicht kommt nun zwar im Aufbau des Schuldrechts ganz allgemein soviel zum Ausdruck, daß das Problem der Mängelhaftung des Gesellschafters in Entsprechung zu den Vorschriften der dem jeweiligen Einlagegeschäft rechtsähnlichen Schuldvertragstypen zu lösen ist. Allein das zwingt nicht, die §§ 445, 493 BGB als Vermittlungsnormen heranzuziehen, wenn die Auslegung ergibt, daß die Einbringung dem Rechte nach nicht zu den entgeltlichen Veräußerungsverträgen zählt⁵⁵⁾.

Eine nähere Betrachtung dieser Frage scheint der herrschenden Meinung zunächst recht zu geben. Unter Veräußerung wird allgemein die auf Rechtsübertragung gerichtete Verfügung über ein Recht oder eine Sache verstanden. In diesem Sinne ist zweifellos der Kaufvertrag der Prototyp des auf Veräußerung gerichteten Schuldvertrages: Die Hauptpflichten des Verkäufers sind beim Sachkauf die Verschaffung des Eigentums mit Besitzübergabe, beim Rechtskauf die Verschaffung des Rechts und gegebenenfalls die Übergabe der zum Recht gehörigen Sache (§ 433 Abs. 1 BGB).

Ein Vergleich mit den Leistungspflichten bei dem auf Rechtseinbringung gerichteten Einlagegeschäft zeigt insoweit eine tatbestandsmäßige Übereinstimmung mit dem Kaufvertrag. Einen Gegenstand dem Rechte nach

54) Daß der sogenannte Wille des Gesetzgebers ein für die Gesetzesauslegung geeignetes Erkenntnismittel ist, wird von der objektiven Theorie allerdings bestritten. Der wohl herrschenden subjektiven Theorie ist jedoch der Vorzug zu geben. Sie bietet vor allem durch ihre gleichbleibende Auslegung eine größere Gewähr für die Rechtssicherheit. Außerdem unterscheidet sie schärfer zwischen Auslegung und Rechtsfindung. Dem von der objektiven Theorie fingierten „Willen des Gesetzes“ verschafft sie zudem durch Anpassung der Norm an die jeweiligen Zeitverhältnisse Geltung. Vgl. auch OGH BrZ in NJW 1950 S. 553 f. — Zum Stand des Theorienstreits siehe Enneccerus-Nipperdey a. a. O. § 54 II und Bartholomeyczik, a. a. O. S. 42 ff. Eine Verbindung beider Theorien befürwortet Sauer, a. a. O. § 36 III 1 c.

55) Der Gesetzgeber hätte theoretisch auch einen anderen, diesen Zweifel ausschließenden Weg wählen können, indem er wie bei der Hingabe an Erfüllung Statt (§ 365 BGB), der Gemeinschaftsteilung (§ 757 BGB) oder beim Gattungsverhältnis (§ 2182 BGB) eine entsprechende Analogieklausel bei den Vorschriften über die Gesellschaft eingefügt hätte. Diese Frage, die sich die zweite Kommission bei der Herausnahme der Gewährleistungsvorschriften aus den allgemeinen Bestimmungen hätte vorlegen müssen, war allerdings mit der Typisierung der Rechtseinbringung als entgeltlicher Veräußerungsvertrag durch die erste Kommission präjudiziert.

einbringen, heißt demnach offenbar nichts anderes, als ihn veräußern. Dabei ist es für den Begriff der Veräußerung unerheblich, daß sich der einbringende Gesellschafter des Rechts an dem eingebrachten Gegenstand nicht, wie beim Verkauf, völlig entäußert, sondern über die Zuordnung der Einlage zur Gesamthand zugleich auch in seiner Person eine neue, wenn auch anders geartete rechtliche Beziehung zum Gegenstand seiner Einlage begründet. Dieser für die Rechteinbringung typische Vorgang ändert jedenfalls nichts daran, daß auch hier die Begriffsmerkmale des Veräußerns, nämlich „das Aufgeben eines Rechts zum Zwecke der Übertragung auf einen anderen“⁵⁶⁾, vorliegen.

Was das Aufgeben des Rechts betrifft, so scheidet die Einlage mit dem Einbringen aus dem bisherigen Vermögen des einbringenden Gesellschafters aus. Sie wird dadurch zugleich Bestandteil des in der Gesamthand dinglich gebundenen Sondervermögens der Gesellschafter. Eine unmittelbare rechtliche Beziehung des einbringenden Gesellschafters zur Einlage hört damit auf zu bestehen. Seine Stellung als Gesamthänder gewährt ihm kein nach Bruchteilen berechnetes oder berechenbares Anteilsrecht an dem eingebrachten Gegenstand. Vielmehr ist er wie jeder Gesamthänder „Eigentümer des ganzen Gegenstandes, aber beschränkt in Ausübung der Herrschaftsmacht durch das ebenfalls auf den ganzen Gegenstand gerichtete Recht des anderen Teilhabers“⁵⁷⁾.

Diese neue Rechtsbeziehung stellt aber etwas völlig anderes dar, als die bisherige Rechtsinhaberschaft. Die Aufgabe des Rechts äußert sich vornehmlich darin, daß der Gesellschafter nicht über seinen „Anteil“ an dem Gesellschaftsvermögen und erst recht nicht über den „Anteil“ an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen kann (§ 719 BGB). Sie wird außerdem dadurch noch besonders sinnfällig, daß die Einlage als solche bei der Auseinandersetzung über die beendete Gesellschaft nicht zurückzuerstatten, sondern lediglich mit ihrem Wert zur Zeit der Einbringung zu ersetzen ist. (§ 733 Abs. 2 BGB).

Auf der anderen Seite ist mit der Aufgabe des Rechts zugleich eine echte Rechtsübertragung verbunden. Die Einlage wird „gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter“ (§ 718 Abs. 1 BGB) und damit Bestandteil eines Sondervermögens, das fortan sein eigenes rechtliches Schicksal hat. Daß die Gesellschaft als Träger des Vermögens kein selbständiges Rechtssubjekt ist, spielt dabei keine Rolle. Auch eine nicht mit eigener Rechtsfähigkeit ausgestattete bloße Mehrheit von Personen kann Eigentümer einer Sache oder Inhaber eines Rechts sein, wie die verschiedenen Formen der Rechtsgemeinschaft, z. B. die Bruchteilsgemeinschaft (§§ 741 ff. BGB) oder die Erbengemeinschaft (§§ 2032 ff. BGB) zeigen.⁵⁸⁾

Diese Wirkung der Rechtsübertragung auf die Gesamthand läßt sich allerdings befriedigend nur auf dem Boden der herrschenden Lehre von der ungeteilten Gesamtberechtigung erklären⁵⁹⁾. Die Lehre von der geteilten Mitberechtigung muß dagegen zu einer gesetzesfremden und gekünstelten Konstruktion greifen, um dieses Ergebnis zu rechtfertigen.

56) So Staudinger-Riezler-Coing, Einleitung vor § 104 Anm. 74.

57) Siehe Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, S. 122

58) Enneccerus-Nipperdey, a. a. O. 1. Halbband § 76; Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht u. Zivilprozeß, I. Band S. 160 ff.

59) Vgl. hierzu insbesondere Staudinger-Geiler, Vorbemerkung zu § 705 IV Anm. 40 — 53; siehe auch die Rechtsprechung in RGZ Band 56 S. 208 ff. und Band 60 S. 128.

So liegt z. B. nach Affolter ⁶⁰⁾ eine Veräußerung nur hinsichtlich derjenigen Anteile vor, an denen die übrigen Gesellschafter mitberechtigt werden, während bezüglich des Anteils, der auf den einbringenden Gesellschafter selbst entfällt, keine Veräußerung stattfinden soll. Diese Auffassung scheitert jedoch daran, daß die Rechteinbringung gar nicht auf die Übertragung von Anteilen, sondern auf die Verschaffung des ganzen Gegenstandes gerichtet ist. Das zeigt sich besonders eindringlich bei der Einbringung eines Grundstücks: das ganze Grundstück ist ideell ungeteilt an die Gesamthand aufzulassen; eine Eintragung bestimmter Eigentumsquoten, wie beim Bruchteilseigentum findet nicht statt.

Um diesen Widerspruch lösen zu können, ist Affolter daher gezwungen, den Vorgang der Rechteinbringung in eine materiell-rechtliche und formalwirtschaftliche Seite aufzuspalten. Die von ihm als teilweise Veräußerung qualifizierte Übertragung der Anteile steht dabei unter dem materiell-rechtlichen Aspekt. Hingegen soll der Umstand, daß die Einlage ungeteilt Bestandteil des gesellschaftlichen Sondervermögens wird, durch eine formalwirtschaftliche Betrachtungsweise erklärt werden. Von diesem Standpunkt aus kommt er sodann zu dem Ergebnis, daß die Rechteinbringung wenigstens „formell Veräußerung in vollem Umfang“ ist ⁶¹⁾.

Diese Auffassung wird jedoch der rechtlichen Seite der Einbringung nicht gerecht. Der einbringende Gesellschafter wird nicht dadurch Teilhaber am Gesellschaftsvermögen, daß er „seinen Anteil“ von der Veräußerung ausnimmt, sondern durch die Zuordnung der rechtlich ungeteilten Einlage zur Gesamthand in Verbindung mit der ihm vom Gesetz zugewiesenen Rechtsstellung als Gesamthänder. Zudem bestehen feste Anteile, wie sie die Lehre von der geteilten Mitberechtigung annehmen muß, in Wirklichkeit überhaupt nicht ⁶²⁾. Zwar spricht das Gesetz in § 719 BGB selber vom Anteil an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen. Doch ist der Anteil hier nicht als rechnerische Größe zu verstehen, sondern als Ausdruck für die gesamthänderische Beteiligung ⁶³⁾. Es hätte auch wenig Sinn, den Anteilen eine selbständige rechtliche Existenz zuzuweisen, wenn sie als solche rechtlich überhaupt nicht in Erscheinung treten können, weil sie nicht der Verfügungsmacht des einzelnen Gesellschafters unterliegen (§ 719 Abs. 1 BGB) und damit dem Rechtsverkehr sowie der Zwangsvollstreckung (§§ 851, 859 Abs. 1 Satz 2 ZPO) entzogen sind ⁶⁴⁾. Die Rechteinbringung ist daher nicht nur formell, sondern auch materiell in vollem Umfang Veräußerung.

Die Rechteinbringung muß nun aber nicht notwendig in einer Veräußerung bestehen. Sie kann daneben auch die Begründung dinglicher Rechte, wie Nießbrauch, Reallasten oder Grunddienstbarkeiten, zum Gegenstand haben. Die Begründung solcher Rechte ist nach der Rechtssystematik

60) Zur Lehre von der Gesellschaft, Arch. Bürg. R. Band 35 S. 225 Note 2.

61) a. a. O. S. 228.

62) Vgl. RGZ Band 60 S. 128; ähnlich auch RGZ Band 68 S. 412 f.

63) Enneccerus-Nipperdey, a. a. O. § 76 Note 7.

64) Vgl. Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 89 Note 1; Schumann, Handelsrecht, Band I S. 186; – Auch die in § 859 Abs. 1 Satz 1 ZPO zugelassene Pfändung des Anteils am gesamten Vermögen macht diesen Anteil nicht verkehrsfähig; denn die Vollstreckung ist nur über die Kündigung der Gesellschaft (§ 725 BGB) und damit über die Aufhebung der Gesamthand (§§ 730 ff. BGB) zu verwirklichen.

zwar ebenfalls eine Verfügung, sie wird aber als Belastung begrifflich der Veräußerung gegenübergestellt. Rechtsgeschäfte dieser Art können daher nicht unter den Begriff des Veräußerungsvertrages gebracht werden. Dem trägt das Gesetz jedoch Rechnung, indem es in den §§ 445, 493 BGB die Kaufregeln nicht nur auf Veräußerungsverträge, sondern auch auf Belastungsverträge für entsprechend anwendbar erklärt.

Daß im übrigen auch die Entgeltlichkeit ein notwendiges Wesenselement des Einlagegeschäftes ist, wird nirgends bestritten. Unklarheit besteht nur darüber, worin das Entgelt zu erblicken ist: in den Beitragsleistungen der übrigen Gesellschafter, in der gesamthänderischen Beteiligung an dem Gesellschaftsvermögen, dem Anspruch auf die Gewinnbeteiligung oder den Anteil an dem späteren Liquidationserlös. Sämtliche Auffassungen werden in der Literatur vertreten.

Diese Frage braucht hier jedoch nicht entschieden zu werden, da es auf den Gegenstand des Entgelts nicht ankommt. Der Begriff der Entgeltlichkeit fordert auch nicht, daß — wie beim gegenseitigen Vertrag — ein Verhältnis von Leistung und Gegenleistung besteht⁶⁵⁾. Als Entgelt im Rechtsinne ist vielmehr jede Leistung und jeder Vermögensvorteil anzusehen, der nach dem Willen der Vertragsparteien einen subjektiv erstrebenswerten Ausgleich für die eigene Leistung schafft, ganz gleich, ob der erwartete Vorteil mit der Leistung unmittelbar verknüpft ist oder mittelbar von ihr abhängt.⁶⁶⁾

In diesem Sinne ist die Beitragsleistung des Gesellschafters immer entgeltlich. Die Einlage geht mit der Einbringung in das Gesellschaftsvermögen über, an dem der einbringende Gesellschafter als Gesamthänder mitberechtigt wird. Außerdem ist der Gesellschafter stets an dem mit der Erreichung des Gesellschaftszwecks verbundenen Vorteil in irgendeiner Weise beteiligt⁶⁷⁾. Ob sich der mit der Zwecksetzung verfolgte Vorteil verwirklichen läßt oder im Ergebnis ausfällt, ist dabei gleichgültig; denn daß der Anteil am Erfolg objektiv oder auch nur nach den motivierenden Vorstellungen des Gesellschafters ein Äquivalent für die eigene Leistung darstellt, ist für den Begriff der Entgeltlichkeit nicht erforderlich. Es reicht völlig aus, daß der mit der Beitragsleistung bezweckte Erfolg nach den Absichten und dem Willen der Vertragsparteien subjektiv einen Ausgleich für die übernommenen Vermögensopfer und Aufwendungen bietet. Diese Voraussetzung ist aber bei der Gesellschaft, die stets auf die Förderung des gemeinsamen Interesses und niemals auf den Vorteil einzelner gerichtet ist, immer vorhanden. Für eine Freigebigkeit ist deshalb im Rahmen der Gesellschaftsabrede schon aus begrifflichen Gründen kein Raum⁶⁸⁾.

Es steht danach anscheinend nichts im Wege, die Einbringung dem Rechte nach unter den Vertragstyp der §§ 445, 493 BGB zu subsumieren. Dennoch sind gegen dieses Verfahren erhebliche Bedenken anzumelden. Das Einlagegeschäft darf nämlich nicht als ein isolierter rechtlicher Vorgang betrachtet und gewertet werden. Wenn das bisher doch geschehen ist, so nur

65) RG in HRR 1937 Nr. 1304. Hoeniger spricht in diesem Fall von mittelbarer Entgeltlichkeit, die er geradezu als Kennzeichen der Sozietät ansieht; a. a. O. S. 268 f.

66) Siehe Beschluß des Großen Senats für Zivilsachen in RGZ Band 163 S. 348 ff. (356).

67) RG in JW 1938 S. 1025. RGZ Band 73 S. 286.

68) Vgl. Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, S. 6 und insbesondere S. 80; ebenso Schreiber, Jher. Jb. Band 60 S. 188.

deshalb, um den für die analoge Rechtsanwendung maßgeblichen Leistungstatbestand bestimmen können. Es muß dabei jedoch ständig im Auge behalten werden, daß die Beitragsabrede in Wahrheit gar kein eigener Vertragstyp ist, sondern daß sie durch ihre Verknüpfung mit dem für den Gesellschaftsbegriff wesentlichen Leistungszweck einen unlösbaren Bestandteil des Gesellschaftsvertrages bildet. Die Gesellschaft selbst stellt aber sowohl in ihrer gesetzlichen Erscheinungsform als auch ihrem Wesen nach einen durchaus eigenständigen Vertragstyp dar, der sich nicht in ein Bündel untergeordneter Vertragsarten aufgliedern läßt.

Es muß daher auch als verfehlt angesehen werden, den Gesellschaftsvertrag zu den gemischten Verträgen zu rechnen. Das geschieht vor allem von Hoeniger, der die Gesellschaft nach dem von ihm entwickelten Schema zu einer der fünf Grundformen der gemischten Verträge macht, die er in diesem Fall „die Grundform mit Typenvermengung trotz eindeutiger Subsumierbarkeit“ nennt ⁶⁹⁾. Das will besagen, daß sich die Gesellschafter im Rahmen des Gesellschaftsvertrages zu allen möglichen typischen — d. h. den gesetzlich beschriebenen Vertragstypen entsprechenden — Leistungen verpflichten und damit jeden beliebigen Mischtatbestand verwirklichen können, das Rechtsverhältnis aber gleichwohl stets unter den Typus des Gesellschaftsvertrages subsumierbar bleibt. Hoeniger spricht deshalb auch ganz allgemein von den gemischten Gesellschaftsverträgen ⁷⁰⁾.

Ein aus verschiedenen Typen gemischter Vertrag, der zugleich ein „eintypischer“ Vertrag sein soll, ist nun aber offenbar ein Widerspruch in sich. Für Hoeniger, der sich dieses Einwandes übrigens sehr wohl bewußt ist, zählt dieses Argument freilich nicht. In seinem System gehört die Gesellschaft einer ganz anderen Kategorie an als die übrigen Schuldvertragstypen. Der Gesellschaftsvertrag stellt für ihn lediglich einen sogenannten „leistungsverknüpfenden Tatbestand“ dar, wozu er außerdem noch die Tatbestände der Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit rechnet ⁷¹⁾. Diese vom Leistungsinhalt unabhängigen Tatbestände bilden nach seiner Theorie gewissermaßen ein Medium, durch das die in ihrem Leistungsinhalt individualisierten Tatbestände in beliebiger Verbindung zu gemischten Verträgen mit Typenvermengung kombiniert werden können.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß die Gesellschaft weit mehr ist, als nur „eine Kombination typischer Leistungen unter dem verknüpfenden, vom Leistungsinhalte unabhängigen Tatbestande der Sozietät“. In dem formalen Element der bloßen Leistungsverknüpfung erschöpft sich das Wesen der Gesellschaft nicht ⁷²⁾. Diese Betrachtungsweise übersieht zunächst einmal die stark ausgeprägte personen- und sozialrechtliche Seite der Gesellschaft,

69) A. a. O. S. 46 ff.; Das Problem der gemischten Verträge, DJZ 1913 Sp. 263 ff.

70) A. a. O. S. 45.

71) A. a. O. S. 168 ff. Ähnlich sieht Schreiber in der Gesellschaft nur eine besondere Form der Entgeltlichkeit, die systematisch neben das Synallagma zu stellen ist. Nach seiner Ansicht hätte deshalb die Gesellschaft ihren eigentlichen Platz auch im allgemeinen Teil des Schuldrechts finden müssen; vgl. a. a. O. S. 190 f. und 222.

72) Vgl. auch Wieland, a. a. O. S. 453 Note 9; Knoke, ZHR Band 75 S. 430.

auf die weiter unten noch näher einzugehen ist ⁷³⁾. Aber auch soweit die Gesellschaft reiner Schuldvertrag ist, enthält sie in dem Merkmal der Förderungspflicht ein für sie eigentümliches Tatbestandselement, das sich mit dem Begriff der Leistungsverknüpfung allein nicht erfassen läßt. Die Förderungspflicht ist kein bloßes Formprinzip, sondern eine echte vertragliche Verpflichtung, die die gesamten Leistungsbeziehungen der Gesellschafter zueinander auch materiell gestaltet. Nicht die Vermischung oder Vermengung von Leistungen anderer Vertragstypen, sondern die Gemeinschafts- und Zweckbezogenheit dieser Leistungen machen das Wesen der Gesellschaft aus ⁷⁴⁾.

Mag sich auch die Einbringung dem Rechte nach äußerlich in den Formen der Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes vollziehen, inhaltlich muß sie deshalb anders gewertet werden. Ihre eigentliche Bedeutung und Aufgabe liegt in der Begründung und Stärkung des gesellschaftlichen Gesamthandvermögens. Dadurch ist sie organisch in das Gesamtgefüge der durch den Gesellschaftsvertrag begründeten Leistungsbeziehungen eingebettet, aus dem sie darum auch nicht als selbständiges Vertragsgebilde herausgelöst werden kann. Rechtseinbringung und entgeltliche Veräußerung sind somit trotz der formalen Gleichheit auf der Leistungsseite im Leistungstyp grundverschieden. Daraus folgt, daß die Rechtseinbringung mit den Verträgen der §§ 445, 493 BGB zwar vergleichbar ist, mit ihnen aber nicht gleichgesetzt werden kann.

Wenn nun in diesem Fall die Gewährleistungsvorschriften des Kaufrechts gleichwohl entsprechend anzuwenden sind, so nicht deshalb, weil dies durch die §§ 445, 493 BGB vorgeschrieben wird, sondern weil die Grundsätze analoger Rechtsanwendung dazu zwingen, die fehlende gesetzliche Regelung in Anlehnung an die Vorschriften eines vergleichbaren, tatbestandsähnlichen Rechtsgeschäftstyps zu ergänzen.

Der praktische Unterschied dieser Auffassung gegenüber der herrschenden Meinung mag allerdings nicht sehr erheblich sein, da auch die §§ 445,

73) Bemerkenswert ist, daß Hoeniger seine Auffassung später jedenfalls insoweit korrigiert hat, als er die Einseitigkeit seiner Betrachtungsweise anerkennt. Siehe hierzu: Die Struktur des Gesellschaftsbegriffs. Ein Nachwort zu Schafheutle, Gesellschaftsbegriff und Erwerb in das Gesellschaftsvermögen, S. 95.

74) Zur Kritik an dem System Hoenigers vgl. ferner Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 100 insbesondere Abschnitt B I 1 mit Note 12, sowie Staudinger-Werner, Einleitung II 5 vor § 305. Auch vom Ergebnis her begünstigt die Theorie Hoenigers Bedenken. Die Lösung liegt bei der Gesellschaft nicht in einer Kombination der für die verschiedenen Leistungstypen geltenden Normen, sondern in deren analogen Anwendung; siehe auch Leonhard, Allgemeines Schuldrecht S. 325 f. Zutreffend führt Meerscheidt-Hüllessem, DJZ 1910 Sp. 857 hierzu aus, daß bei einheitlichen Verträgen nicht so zu verfahren ist, „daß festgestellt wird, insoweit ist der Vertrag Kauf, insoweit Miete, und daß dann die für den Kauf oder die Miete gegebenen Vorschriften ohne weiteres angewendet werden, sondern so, daß geprüft wird, ob der gesetzgeberische Zweck dieser Vorschriften auch bei ihnen zutrifft und ihre Anwendung der Eigenart des ganzen Vertrages gerecht wird, oder ob aus der Eigenart des ganzen Vertrages eigentümliche Rechtsfolgen für die einzelnen Vertragsbestandteile abzuleiten sind.“

493 BGB schließlich nur eine entsprechende Anwendung der Kaufregeln vorsehen. Dennoch ist die Klärung dieser Frage nicht ohne Wert. Ihre Bedeutung liegt vor allem darin, daß sie das Recht der Gesellschaft aus der gesetzlichen Verknüpfung mit dem ihm wesensfremden Recht des Kaufvertrages löst und damit einer freieren Handhabung der Analogie die Wege ebnet. Diese Auffassung ermöglicht zudem eine einwandfreie theoretische Begründung für die Berücksichtigung der Eigenarten des Gesellschaftsverhältnisses, da sie es gestattet, die Kaufregel mit denselben Vorbehalten auf die Gesellschaft anzuwenden, wie § 713 BGB dies für die Regeln des Auftragsrechts vorsieht, nämlich „soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis ein anderes ergibt.“

cc) Die Einbringung zur Benutzung.

Ander als im Fall der Einbringung dem Rechte nach enthält das Gesetz bei der Einbringung zur Benutzung keinen greifbaren Anhaltspunkt für die Behandlung des Mängelproblems. Wenn die Motive empfehlen, die Lösung aus dem „Inhalt des Gesellschaftsvertrages“ abzuleiten ⁷⁵⁾, so zeigt sich darin nur, wie wenig sicher sich die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches in der Beurteilung dieser Frage waren.

Aus dem gemeinrechtlichen Sozietätsbegriff als solchem ließ sich eine entsprechende Regelung nicht herleiten; während für die Einbringung dem Rechte nach in dem sogenannten entgeltlichen Veräußerungsvertrag wenigstens ein allgemeiner Vertragstyp zur Verfügung stand, unter den sich das Einlagegeschäft nach damaliger Anschauung ohne weiteres einordnen ließ, fehlte für den entgeltlichen Nutzungs- oder Gebrauchsüberlassungsvertrag ein entsprechender Oberbegriff. Der Gesetzgeber konnte somit in diesem Fall nicht auf überkommene und theoretisch gesicherte Vorstellungen zurückgreifen. So erklärt es sich auch, weshalb die erste Kommission die Nachahmung des Schweizer Beispiels für bedenklich hielt. Zugleich klingen darin wohl aber auch die ersten Zweifel an, ob sich das Problem der Mängelhaftung im Gesellschaftsrecht überhaupt durch eine bloße Verweisung auf die Regelung anderer Schulvertragstypen befriedigend meistern läßt.

Diese Unsicherheit setzt sich auch in der späteren Literatur fort. Eine einhellige Meinung hat sich bis heute nicht herausgebildet. Eine größere Zahl von Autoren befürwortet — wenn teilweise auch betont mit Vorbehalten — die analoge Anwendung der Gewährleistungsvorschriften des Miet- und Pachtrechts ⁷⁶⁾. Dagegen lehnt ein anderer Teil diese Lösung entschieden ab und verweist statt dessen lediglich auf den Inhalt des Gesellschaftsvertrages und die Grundsätze der Vertragsauslegung oder auf die Natur des Einbringungsgeschäfts, ohne dabei jedoch über allgemeine Hinweise hinaus zu festen Regeln zu gelangen ⁷⁷⁾.

75) Motive II S. 600.

76) Unter anderen Knoke, a. a. O. S. 30; Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 177 II 1 b; Haupt-Reinhardt, a. a. O. S. 32; Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 29; Esser, a. a. O. S. 726; Leonhard, Besonderes Schuldrecht, S. 279; Wieland, a. a. O. S. 546 Note 33; Staudinger-Geiler, § 705 Anm. 15.

77) Kipp bei Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band II S. 784; Dernburg, Die Schuldverhältnisse II, S. 614; Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Band I § 194 4 e; Matthiasz, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, § 128 II A 1 b (S. 356); Planck, § 706 Anm. 3; Eine vermittelnde Stellung nehmen beispielsweise Oertmann, § 706 Anm. 3, und wohl auch RGR-Komm., § 706 Anm. 3, ein.

Geht man der zweiten Auffassung auf den Grund, so stellt sich bald heraus, daß mit einem bloßen Hinweis auf die Regeln der Vertragsauslegung und die Rechtsnatur des Einlagegeschäfts nicht viel gewonnen ist. Die Vertragsauslegung dient lediglich der Feststellung des Parteiwillens und damit der Ermittlung des rechterheblichen Sachverhalts. Sie führt auf diese Weise zwar zu den anzuwendenden Rechtssätzen hin, schafft aber selber niemals Normen, wo das Gesetz keine gibt. Vertragsauslegung kann daher in diesem Zusammenhang nur so viel bedeuten, daß zunächst die Nutzeinbringung in ihrem regelmässigen Leistungsinhalt zu typisieren ist, um auf diesem Wege das gesetzliche Analogon für die Regelung der Vertragsfolgen zu finden. Damit ist aber die Aufgabe nur gestellt und nicht gelöst; das eigentliche Problem beginnt dort, wo die Vertragsauslegung endet.

Ebenso verhält es sich mit der Berufung auf die Natur des Einbringungsabkommens. Auch dieser Hinweis trägt nichts zur Klärung der Frage bei, solange nicht gesagt wird, worin denn die rechtliche Natur der Vereinbarung eigentlich besteht. Es ist daher unerlässlich, zunächst einmal den Leistungsinhalt der Beitragsabrede genauer zu bestimmen.

Betrachtet man den Tatbestand der Nutzeinbringung unvoreingenommen, so kommt man zu dem Schluß, daß das Modell für die Lösung des Mängelproblems letzten Endes doch im Mietrecht zu suchen ist. Die Verpflichtungen des Gesellschafters, der einen Gegenstand zur Benutzung einzubringen verspricht, decken sich nämlich in ihren wesentlichen Teilen mit den Leistungspflichten des Vermieters oder Verpächters. Wie diese hat er auch den Gebrauch der eingebrachten Sache und, sofern der eingebrachte Gegenstand Erträge abwirft, auch den Fruchtgenuß einzuräumen und die Einlage zu diesem Zweck in einem für den vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen.

Die Einbringung zur Benutzung und die Miete weisen demnach als übereinstimmendes Merkmal den gleichen typischen Leistungstatbestand auf. Diese tatbestandsmäßige Verwandtschaft der Leistung schließt aber zugleich die Forderung nach einer entsprechenden rechtlichen Behandlung der Leistungsmängel ein. Dem typischen Leistungstatbestand ist die typische Rechtsfolge zugeordnet, ein Grundsatz, den die Rechtsfindung zumindest als den methodischen Ansatzpunkt für die Analogie nicht übergehen kann. Der Gesellschafter hat daher grundsätzlich in demselben Umfang für die mangelfreie Erfüllung seiner Verbindlichkeit Gewähr zu leisten wie ein Vermieter (Verpächter). Er haftet einmal dafür, daß die Einlage im Zeitpunkt der Einbringung keinen Sachmangel aufweist, und zum andern hat er dafür einzustehen, daß der Gesellschaft der Gebrauch oder die Nutzung des eingebrachten Gegenstandes nicht durch einen Dritten kraft seines besseren Rechts entzogen wird.

Wie bei der Rechtseinbringung sind aber auch hier die durch die verschiedenen Zwecksetzung bedingten Unterschiede im Leistungstyp zu beachten. Eine Erhaltungspflicht, wie sie nach der abdingbaren Regel des § 536 BGB den Vermieter trifft, wird dem Gesellschafter daher im Normalfall nicht obliegen⁷⁸⁾. Das wird nicht nur regelmässig dem Willen der Vertragsparteien entsprechen, sondern ergibt sich zudem auch aus der Eigenart der Beitragsleistung.

Die Beitragsleistung ist nämlich kein Austauschgeschäft, bei dem die Überlassung des Sachgebrauchs oder der Nutzung um der Erzielung des

78) Siehe dazu ausführlich Staudinger-Geiler, § 706 Anm. 19.

Mietzinses oder einer gleichartigen Vergütung willen erfolgt. Die Einlage wird vielmehr mit der Einbringung wirtschaftlich zum Bestandteil der Gesamthand gemacht, um so dem gemeinschaftlichen Interesse aller Gesellschafter zu dienen. Es ist daher nur folgerichtig, die Gesamthand auch mit der Unterhaltung der Sacheinlage zu belasten.

Das gilt jedenfalls dann, wenn der Gesellschafter für die Gebrauchsüberlassung keine besondere Vergütung erhält, die ihn nach der Art des Mietzinses für seinen Erhaltungsaufwand wirtschaftlich entschädigen könnte. Ihm bei der normalen Nutzenbringung den Unterhalt der Einlage aufzubürden, würde außerdem indirekt einer Erhöhung der Beitragsleistung gleichkommen, zu der er nach § 707 BGB nicht verpflichtet ist. Dasselbe wird im Zweifel auch für die gewöhnlichen Lasten der Einlage gelten müssen, die abweichend vom analogen Regelfall des § 546 BGB demnach nicht der Gesellschafter, sondern die Gesellschaft zu tragen hat.

Der Unterschied zwischen Nutzenbringung und Miete zeigt sich ferner dann, wenn die zur Benutzung eingebrachte Sache durch Zufall untergegangen ist. Während der zufällige Untergang der Mietsache die Beendigung des Mietverhältnisses wegen nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung zur Folge hat (§§ 275, 323 BGB), wird der Fortbestand des Gesellschaftsverhältnisses von einem solchen Ereignis grundsätzlich nicht berührt. Eine Beendigung der Gesellschaft tritt nur dann ein, wenn die Einlage für die Existenz der Gesellschaft so wesentlich ist, daß ihr Fortfall die Erreichung des Gesellschaftszwecks unmöglich macht (§ 726 BGB), oder wenn die Gesellschaft wegen der Bedeutung der Einlage aus wichtigem Grunde gekündigt worden ist (§ 723 BGB).

Welchen Einfluß der Untergang der Einlage auf die Rechte des einbringenden Gesellschafters hat, ist allerdings sehr umstritten. Überwiegend wird angenommen, daß der Anspruch des Gesellschafters auf seinen Gewinnanteil dadurch unberührt bleibt⁷⁹⁾. Dieser Auffassung ist beizupflichten. Wenn demgegenüber die Meinung vertreten wird, der Gewinnanteil des Gesellschafters müsse ganz oder teilweise entfallen⁸⁰⁾, so übersieht sie einen weiteren wichtigen Unterschied zwischen Nutzenbringung und Miete. Der Gesellschafter hat nämlich nicht, wie dies § 535 BGB für die Miete ausdrücklich vorschreibt, die Verpflichtung, den Gebrauch der Einlage für die gesamte Vertragsdauer zu gewähren⁸¹⁾. Wäre dies der Fall, so hätte er seine Leistungspflicht für die Dauer des Gesellschaftsverhältnisses zu erneuern und die zufällig untergegangene Sacheinlage durch eine gleichwertige zu ersetzen. Das würde jedoch wiederum eine dem § 707 BGB widersprechende Erhöhung der Beitragsleistung bedeuten. Zudem besagt § 707 BGB ausdrücklich, daß der Gesellschafter zur Ergänzung der durch

79) Enneccerus-Lehman, a. a. O. § 177 II 1 b; Staudinger-Geiler, § 706 Anm. 22; Planck, § 706 Anm. 4; Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuche, S. 146; Esser a. a. O. S. 727.

80) Oertmann, § 706 Anm. 4; Siber, Schuldrecht, S. 405.

81) Diese Einschränkung bezieht sich nur auf den Umfang der Leistung. Sie hat selbstverständlich nichts mit der Verpflichtung zu tun, daß der Gesellschafter den Gebrauch im Verhältnis zu Dritten zu gewähren hat, er also für den Fall, daß der Gebrauch durch das Recht eines Dritten ganz oder teilweise entzogen wird, Gewähr leisten muß.

Verlust verminderten Einlage nicht verpflichtet ist. Daraus muß somit geschlossen werden, daß der Gesellschafter mit der Einbringung der Einlage — von der Haftung für Rechts- und Sachmängel abgesehen — seine Beitragsverpflichtung regelmäßig vollständig erfüllt hat. Ihn trifft in diesem Fall zwar die Sachgefahr (§ 732 Satz 2 BGB), die Benutzungsgefahr hat dagegen die Gesellschaft zu tragen.

Für die Entgeltlichkeit der Beitragsleistung gilt im übrigen auch hier daselbe, wie bei der Rechtseinbringung. Das Entgelt besteht ganz allgemein in der gesamthänderischen Beteiligung am Gesellschaftsvermögen und in der Teilnahme am wirtschaftlichen Ergebnis der Gesellschaftstätigkeit. Wird dagegen für die Gebrauchsüberlassung ausnahmsweise eine besondere Vergütung nach Art des Mietzinses ausbedungen, so wird in der Regel keine Nutzeinbringung, sondern ein gewöhnlicher Mietvertrag vorliegen, wie ihn die Gesellschaft auch mit jedem beliebigen Dritten abschließen kann. Denn in diesem Fall erfolgt die Gebrauchsüberlassung offensichtlich nicht in Erfüllung der Beitragspflicht, sondern im Rahmen eines normalen Leistungsaustausches. Falls sich nicht aus der Vereinbarung ein anderes ergibt, untersteht das Rechtsverhältnis demzufolge auch uneingeschränkt den Vorschriften des Mietvertragsrechts, was besonders für die Kündigungsmöglichkeiten und die Formvorschrift des § 566 BGB von Bedeutung ist ⁸²⁾.

Kohler versucht nun, die Unterschiede im Leistungstyp dadurch verständlich zu machen, daß er dem Benutzungsrecht der Gesellschaft die Qualität eines persönlichen Dienstbarkeitsrechts beilegt ⁸³⁾. Diese Auffassung läßt sich jedoch mit den dogmatischen Grundlagen des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht vereinbaren; sie hat daher in der Literatur auch keinen Anklang gefunden.

Einen dinglichen Charakter kann das Benutzungsrecht schon deshalb nicht haben, weil die Nutzeinbringung ein Teil des obligatorischen Gesellschaftstatbestandes ist und deshalb auch nicht in den Formen der Begründung dinglicher Rechte vollzogen wird. Außerdem widerspricht die Annahme eines besonderen dinglichen Nutzungsrechts dem strengen *numerus clausus* der Sachenrechte. Andererseits kann das gesellschaftliche Benutzungsrecht auch nicht in Analogie zu den dinglichen Nutzungsrechten behandelt werden, da die Rechtsfigur eines quasi-dinglichen Rechts dem System der bürgerlichen Rechtsordnung fremd ist. Wenn die Gesellschafter das Benutzungsrecht mit dinglicher Wirkung ausstatten wollen, sind sie genötigt, die zur Begründung dinglicher Rechte erforderlichen Rechtsgeschäfte vorzunehmen. Ein derartiges Einlagegeschäft ist jedoch keine Nutzeinbringung, sondern ein Unterstatbestand der Rechtseinbringung.

Davon abgesehen bedarf es der Konstruktion eines besonderen persönlichen Dienstbarkeitsrechts auch gar nicht, um die Eigenart der Nutzeinbringung gegenüber der Miete zu erklären. Ihre Besonderheit ergibt sich vielmehr aus der Natur der Beitragsleistung und der ihr innewohnenden Bestimmung, als Mittel zur Förderung des Gesellschaftszwecks zu dienen. Die tatbestandmäßige Verwandtschaft der Nutzeinbringung mit dem obligatorischen Mietrecht steht dieser Zweckbestimmung nicht entgegen, da das Leistungsziel mit dem formalen Leistungstatbestand nicht wesensmäßig verknüpft sein muß.

82) Staudinger-Geiler, § 706 Anm. 15; Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, S. 131.

83) Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Band, 1. Teil S. 399.

Gleichartigkeit des Leistungstatbestandes und Verschiedenartigkeit des Leistungstyps im Verhältnis zur Miete bestimmen demnach auch bei der Nutzeinbringung Ausmaß und Grenzen der Analogie. Die entsprechende Anwendung der Gewährleistungsvorschriften des Mietrechts hat folglich nur insoweit ihre Berechtigung, als sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis ein anderes ergibt.

b) Die Werkleistung als Einlage.

Besteht die Beitragsleistung eines Gesellschafters in der Herstellung eines Werkes, so wird man bei der Sachherstellung zunächst unterscheiden müssen, ob der Gesellschafter den Werkstoff selber zu beschaffen hat oder ob er ihn von der Gesellschaft zur Verfügung gestellt bekommt. Der erste Fall gleicht im Leistungstatbestand dem sogenannten Werklieferungsvertrag (§ 651 BGB), der zweite dem eigentlichen Werkvertrag (§ 631 BGB).

Ist eine Beitragsleistung der ersten Art auf die Herstellung vertretbarer Sachen (§ 91 BGB) gerichtet, so ist eine tatbestandsmäßige Verwandtschaft mit dem Werkvertrag im eigentlichen Sinne kaum vorhanden. Bei dieser Leistungsart ist nicht die Werkleistung als solche das Wesentliche, sondern die Verschaffung und Lieferung des meist beliebig ersetzbaren Werkstücks. Im Werkvertragsrecht wird diese Verbindlichkeit deshalb zutreffend als „Lieferungskauf“ bezeichnet und vom Gesetz folgerichtig den Regeln des Kaufrechts unterstellt (§ 651 Abs. 1 BGB).

Der gleichen rechtlichen Behandlung unterliegt grundsätzlich auch das einem solchen Lieferungskauf entsprechende Einlagegeschäft des Gesellschafters. Dementsprechend wird dieser Verpflichtungstatbestand regelmäßig wie eine Einbringung dem Rechte nach zu behandeln sein. Kann dagegen die Beitragsabrede bei sonst gleichem Leistungstatbestand auch so verstanden werden, daß die hergestellten und gelieferten Sachen der Gesamthand lediglich zur Benutzung zugeordnet sein sollen, dann werden die für die Nutzeinbringung geltenden Mängelvorschriften angewendet werden müssen.

Anders verhält es sich, wenn der Gesellschafter eine aus eigenem Material herzustellende nicht vertretbare Sache einzubringen hat. Hier liegt das Gewicht der Beitragsabrede eindeutig auf der Verpflichtung zur Werkherstellung. Deren Leistungstatbestand entspricht somit dem des eigentlichen Werklieferungsvertrages. Hinsichtlich der Mängelhaftung wird ihre rechtliche Behandlung daher auch den Vorschriften des § 651 Abs. 1, Satz 2, Halbsatz 2 BGB folgen müssen.

Das bedeutet, daß bei Mängeln in der Beschaffenheit des eingebrachten Werkes die betreffenden Haftungsvorschriften des Werkvertragsrechts entsprechend anzuwenden sind. Soweit die Frage der Rechtsmängelhaftung auftaucht, wird man regelmäßig davon ausgehen können, daß die Herstellung und Ablieferung des beizutragenden Werkes als echte Kapitaleinlage gelten soll und somit der Gesamthand zu Eigentum zu übertragen ist⁸⁴⁾.

Liefert dagegen die Gesellschaft oder ein anderer Gesellschafter das Material für die Herstellung des Werkes, so entspricht der Tatbestand der

84) Staudinger-Geiler, § 706 Anm. 28. Wenn nichts anderes vereinbart ist, wird bei der Bewertung der Einlage auch die mit der Herstellung verbundene Arbeitsleistung berücksichtigt werden müssen. § 733 Abs. 2 Satz 3 BGB trifft hier nicht zu, da die Arbeitsleistung zum Wertbestandteil der Kapitaleinlage wird.

Beitragsleistung voll und ganz dem des echten Werkvertrages. Eine Rechtmängelhaftung wird dabei in aller Regel nicht in Erscheinung treten, da eine Veräußerung nicht stattfindet, es sei denn mit Bezug auf die vom einbringenden Gesellschafter gelieferten Zutaten. Diese werden aber, sofern sie nicht gutgläubig erworben werden, bereits durch Verbindung oder Vermischung (§§ 946, 947 BGB) Eigentum der Gesellschaft.

Bedeutsamer kann die Frage der Rechtmängelhaftung allerdings werden, wenn die Herbeiführung eines für die Entstehung von Rechten erforderlichen immateriellen Leistungserfolges (z. B. Patentfähigkeit) geschuldet wird. Da das Werkvertragsrecht keine Vorschriften über die Rechtmängelhaftung kennt, wird man in solchen Fällen unmittelbar auf den Gesellschaftsvertrag und in diesem Rahmen auf die entsprechende Anwendung der §§ 320 ff. BGB zurückgreifen müssen⁸⁵⁾. Einer entsprechenden Heranziehung der §§ 433, 440 BGB bedarf es nicht, da eine Analogie zum Kauf nicht besteht und die Lieferung eines von Rechtmängeln freien Werkes ohnehin von der Verpflichtung zur Leistung des Werkbeitrags umfaßt wird⁸⁶⁾.

Hingegen kommt bei Sach- und sonstigen Herstellungsmängeln des echten Werkbeitrags nur eine analoge Anwendung der Gewährleistungsvorschriften des Werkvertragsrechts in Betracht. Es gilt auch hier wieder der Satz, daß beim Verfahren der ergänzenden Rechtsfindung die anzuwendenden Rechtsätze bei der gesetzlichen Regelung des analogen Leistungsbestandes zu suchen sind.

Voraussetzung für dieses Verfahren ist allerdings, daß sich die Werkleistung auch als echte Beitragsleistung im Rahmen eines Gesellschaftsvertrages bestimmen läßt. Die nicht seltenen Fälle, in denen sich Tatbestandselemente des Werkvertrages mit solchen des Gesellschaftsvertrages zu einem gesellschaftsähnlichen Rechtsgeschäft mischen, sind dagegen methodisch anders zu behandeln. Hier geht es nicht um das Problem der Lückenausfüllung und der damit verbundenen Übertragung tatbestandsfremder Normen auf die Gesellschaft, sondern umgekehrt um die Frage, wie weit die Gesellschaftsähnlichkeit die Anwendung gesellschaftsrechtlicher Vorschriften auf ein solches Rechtsverhältnis überhaupt fordert und zuläßt⁸⁷⁾. Die Entscheidung hat daher im Einzelfall nach den Grundsätzen zu erfolgen, die für die Behandlung gemischter Verträge gelten und die je nach der Art der Typenmischung eine Kombination, Absorption oder analoge Anwendung der jeweiligen Vorschriften vorsehen⁸⁸⁾.

85) Vgl. für den Werkvertrag Standinger-Kober, § 633 Anm. 17.

86) Vgl. Konrintenberg, Erfüllung und Gewährleistung beim Werkvertrag, S. 26 f.

87) Beispiele aus der Rechtsprechung: Filmherstellungs- und Verwertungsvertrag (RGZ 161 S. 323); Verlagsverträge und ähnliche Rechtsgeschäfte mit Beteiligung des Urhebers am Reingewinn (RGZ 78 S. 298 ff., 81 S. 233 ff., 87 S. 215 ff.) oder Vertrag zwischen Verleger und den die Herausgabe einer Zeitschrift gemeinschaftlich übernehmenden Gelehrten (RGZ 115 S. 358 ff.); ferner Verträge zwischen Prinzipal und Angestellten auf Ausbeutung von Erfindungen oder den Herstellungskennntnissen des Angestellten (RG in JW 1926 S. 2529, RG in HRR 1929 Nr. 747); Abgrenzung zwischen Gesellschaft und partiarischem Rechtsgeschäft bei Werksleistungen (Seuff. A. Band 61 Nr. 105). Vgl. zu diesen Fragen ausführlich Silberschmidt, Das „gesellschaftsähnliche Rechtsgeschäft“, ZHR Band 79 S. 465 ff.

88) Vgl. hierzu Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 100 B.

Abgesehen davon kann es in manchen Fällen auch zweifelhaft sein, ob tatsächlich die Herbeiführung des Leistungserfolges oder lediglich die zu diesem Zweck aufgewendete Arbeitsleistung den eigentlichen Inhalt der Beitragsabrede darstellt. Insofern begegnen hier dieselben Schwierigkeiten, wie sie auch sonst bei der Abgrenzung zwischen Werk- und Dienstvertrag auftreten. Die Entscheidung, die letzten Endes der Vertragsauslegung überlassen bleiben muß, ist dabei nicht nur für die Frage bedeutsam, ob der Gesellschafter überhaupt einen Leistungserfolg schuldet und demgemäß auch dafür einzustehen hat; sie kann darüber hinaus auch noch aus einem anderen Grund für den Gesellschafter wichtig werden. Während nämlich bei der Auflösung der Gesellschaft nach § 733 Abs. 2 Satz 3 BGB für die Leistung von Diensten, also für die bloße Tätigkeit im Interesse der Gesellschaft, kein Ersatz verlangt werden kann, wird die echte Werkleistung wie eine reguläre Einlage zu erstatten sein ⁸⁹⁾).

Bei der analogen Anwendung der Gewährleistungsvorschriften des Werkvertragsrechts ist auch hier wieder zu beachten, daß die Unterschiede im Leistungstyp gewisse Abwandlungen erfordern. Diese Unterschiede sind grundsätzlicher Art; sie treten daher nicht nur bei der Mängelhaftung in Erscheinung, sondern beeinflussen das Leistungsverhältnis auch in anderer Hinsicht.

So gibt beispielsweise der § 642 BGB für den Fall, daß ein oder mehrere Mitgesellschafter die zur Werkherstellung unter Umständen erforderliche Mitwirkung versagen, keine angemessene Lösung der Konfliktsituation. Nach § 642 BGB ist die Mitwirkung des Bestellers bei der Werkherstellung eine bloße Gläubigerobliegenheit. Der Unternehmer kann daher die Vornahme der notwendigen Handlungen nicht im Klagewege erzwingen. Statt dessen kann er den Besteller lediglich in Annahmeverzug versetzen und sodann eine angemessene Entschädigung fordern oder unter den Voraussetzungen des § 643 BGB die Aufhebung des Vertrages herbeiführen.

Schadenausgleich und Vertragsauflösung, die im strengen Gegenseitigkeitsverhältnis von Unternehmer und Besteller zu befriedigenden Ergebnissen führen, werden jedoch dem Interessengehalt des Einlagegeschäfts nicht gerecht. Bei der Gesellschaft stellt die unterlassene Mitwirkung bei der Werkleistung nicht so sehr eine Störung der reibungslosen Abwicklung des Vertrages dar, sondern weit eher ein Hindernis auf dem Wege, den gemeinschaftlich angestrebten Gesellschaftszweck zu verwirklichen. Das Verhalten der übrigen Gesellschafter ist daher gleichbedeutend mit einer Verletzung ihrer allgemeinen Förderungspflicht. Da aber die Förderungspflicht eine echte Verbindlichkeit ist, steht dem einbringenden Gesellschafter vor allen anderen Rechtsbehelfen zunächst ein klagbarer Anspruch auf Mitwirkung bei der Herstellung des beizutragenden Werkes zu.

Der Unterschied im Leistungstyp äußert sich ferner darin, daß die für das Gesellschaftsverhältnis wesentliche Interessenverknüpfung ein jederzeitiges Kündigungsrecht, wie § 649 BGB es dem Besteller einräumt, nicht zuläßt. Die Werkleistung des beitragspflichtigen Gesellschafters ist nicht Selbstzweck, sondern nur ein Mittel zur Erreichung des übergeordneten Gesellschaftszwecks. Über die Kündigung kann daher auch nur nach Gesellschaftsrecht entschieden werden. Eine Kündigung einzelner Beitragsleistungen, die ja nichts anderes als unselbständige Bestandteile des komplexen Gesellschaftstatbestandes sind, ist dem Gesellschaftsrecht indessen ohnehin fremd.

89) Vgl. Kress, Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts, S. 357 Note 14.

3 Die Problematik der Übertragung synallagmatischer Rechtsformen auf die Gesellschaft.

Die bisherige Tatbestandsanalyse hat sich darauf beschränkt, die gemeinsamen Tatbestandsmerkmale der einzelnen Einbringungsformen im Vergleich zu den Leistungsbeständen des Kauf-, Miet- und Werkvertrages hervorzuheben. Dieses Verfahren ist bewußt gewählt worden, um zunächst den methodischen Ausgangspunkt für die analoge Rechtsanwendung aufzuzeigen. Es wurde jedoch schon mehrfach darauf hingewiesen, daß das Einlagegeschäft seinem Leistungstyp nach wesentlich anders geartet ist, als die seinem jeweiligen Leistungstatbestand entsprechenden Schuldverträge.

Die Verwandtschaft des Kauf-, Miet- und Werkvertrages mit dem jeweils entsprechenden Einlagegeschäft ist nun in der Tat rein formaler Natur. Sie besteht ausschließlich im Bereich der Leistungshandlungen. Inhaltlich, das heißt nach Ziel und Zweck der Leistungen, zeigen sich dagegen erhebliche Unterschiede. Denn während Kauf, Miete und Werkvertrag auf reinen Leistungsaustausch angelegt sind, ist das Einlagegeschäft nicht einmal ein selbständiges Vertragsgebilde, sondern lediglich Teil des umfassenderen Gesellschaftsvertrages, dessen charakteristisches Merkmal zudem in der Vereinigung der Leistungen zur Gesamthandsgemeinschaft besteht.

Der Gegensatz zwischen Leistungsaustausch und Leistungsvereinigung bedingt nun aber zwangsläufig eine unterschiedliche Bewertung der mit den betreffenden Leistungen verknüpften Interessen. Damit tritt zu der Entsprechung der Leistungstatbestände ein neuer, nicht minder bedeutsamer Aspekt der analogen Rechtsanwendung in Erscheinung: die interessen-gerechte Entscheidung. Denn wie bereits früher erwähnt, kann sich die Analogie nur bewähren, wenn durch sie auch ein interessengemäßes Ergebnis erzielt werden kann. Für die weitere Untersuchung erhebt sich damit die Frage, wie weit die im Gesellschaftsverhältnis begründete Interessenlage eine analoge Anwendung der auf dem Leistungsaustausch zugeschnittenen Gewährleistungsvorschriften des Kauf-, Miet- und Werkvertrages überhaupt zuläßt.

a) Gesellschaft und gegenseitiger Vertrag.

Kauf, Miete und Werkvertrag sind nun nicht nur die Grundformen des wirtschaftlichen Leistungsaustausches, sondern zugleich auch die Prototypen des gegenseitigen oder synallagmatischen Schuldvertrages ⁹⁰⁾. Das bedeutet,

90) Die Bezeichnung Synallagma für den gegenseitigen Vertrag hat sich in der neueren Literatur fest eingebürgert. Wenn demgegenüber Ennecerus-Lehmann, a. a. O. § 32 Note 2, unter Hinweis auf D 50, 16, 19 meinen, der Ausdruck synallagmatische Verträge werde besser vermieden, da er nach den Quellen vieldeutig sei und zudem auch die Gesellschaft umfasse, so ist gerade das letzte Argument nicht stichhaltig. Einmal zeigt die zitierte Stelle, daß mit Synallagma die *ultra citraque obligatio* gemeint ist, was aber so viel wie gegenseitiger Vertrag bedeutet. Zum andern ist die *societas* mit Recht in die Aufzählung einbezogen, da sie nach römischem Recht eben zu den gegenseitigen Verträgen gehörte. Den Beleg dafür gibt I 4, 16, 2, wo die *actio pro socio* als *ab utraque parte directa* angeführt ist. Die beiderseitige *actio directa* ist aber geradezu das Kennzeichen für den *contractus bilateralis aequalis*. Vgl. hierzu auch Sohm-Mitteis-Wenger, Institutionen, S. 436.

daß das Gesellschaftsrecht durch die analoge Anwendung der Gewährleistungsvorschriften dieser Vertragstypen notwendigerweise einige Grundregeln des Rechts der gegenseitigen Verträge in sich aufnehmen und seiner besonderen Interessenlage anpassen muß.

Die sich daraus ergebende Problematik ist für die Zivilrechtsdogmatik nicht neu. Mit ihr beschäftigt sich die Rechtswissenschaft schon seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches. Anlaß zu diesen Erörterungen war vor allem das in der Praxis wichtige Problem, ob und wie weit die §§ 320 ff. BGB auf die Gesellschaft angewendet werden können ⁹¹⁾.

Der in der Literatur mit dieser Frage verknüpfte Meinungsstreit ist bis heute nicht ganz zur Ruhe gekommen. Gegenüber der herrschenden Ansicht, die den Gesellschaftsvertrag als einen gegenseitigen Vertrag ansah und dementsprechend die §§ 320 ff. BGB grundsätzlich für anwendbar erklärte ⁹²⁾, dringt seit geraumer Zeit immer mehr die Auffassung durch, daß die Unterstellung der im Rechtsverkehr stehenden, meist mehrgliedrigen Gesellschaft unter die Regeln des gegenseitigen Vertrages dem Wesen der Gesellschaft nicht in ausreichendem Maße gerecht zu werden vermag. Die neueren Autoren stellen deshalb die Gesellschaft mehr oder minder betont in Gegensatz zu den gegenseitigen Verträgen und wenden die §§ 320 ff. BGB nur noch entsprechend an ⁹³⁾.

Die praktische Bedeutung dieses Meinungsstreits ist in Wirklichkeit allerdings nicht so groß, wie die entgegengesetzten theoretischen Ausgangspunkte vermuten lassen. Das zeigt sich auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die zwar an der Auffassung festhält, daß die Gesellschaft ein gegenseitiger Vertrag ist ⁹⁴⁾, gleichwohl aber die Regeln des gegenseitigen

- 91) Das Gesetz selbst weicht einer Entscheidung aus. Die erste Gesetzgebungskommission wollte die Lösung dieser Frage bewußt der Wissenschaft und Praxis überlassen, obwohl sie offenbar selber dazu neigte, die Gegenseitigkeit der Vertragsbeziehungen zu bejahen; siehe Motive II S. 598 und 600.
- 92) So u.a. Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts II 2, § 280 Note 2; Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II 2, S. 2 (§ 3 I 1); Planck-Lobe, Vorbem. IV zu § 705; Oertmann, § 705 Anm. 4b; Knoke, a. a. O. S. 42; Kisch, Krit. Vj. Schr. 1903 S. 565 ff., insbesondere S. 567; Leonhard, Besonderes Schuldrecht, S. 279; Hedemann, Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 390; Heck, Schuldrecht, S. 376; neuerdings noch Schlegelberger-Geßler, Handelsgesetzbuch, § 105 Anm. 48; Oegg in RGR-Komm., § 705 Anm. 4; Weipert in RGR-Komm. zum HGB, § 105 Anm. 83; Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 26 f., der den Gesellschaftsvertrag zu den gegenseitigen Verträgen im weiteren Sinne rechnet.
- 93) U. a. Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II 1, § 104; Titze, Recht der Schuldverhältnisse, S. 189 f. und JW 1933 S. 1996; Schollmeyer, a. a. O. S. 147; Wieland, a. a. O. S. 463; Staudinger-Geiler, § 705 Anm. 3 (10. Aufl., 1941, im Gegensatz zur 9. Aufl., 1929); Schumann, DR 1942 S. 1674; Würdinger, a. a. O. S. 42; Esser, a. a. O. S. 717; Haupt-Reinhardt, a. a. O. S. 26 f.; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Band S. 224; Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 43.
- 94) RGZ Band 76 S. 279; 78 S. 305; 112 S. 283; 147 S. 342; 158 S. 326; RG in JW 1938 S. 528. Vgl. neuerdings auch BGH in NJW 1951 S. 308.

Vertrages keineswegs starr auf die Gesellschaft überträgt, sondern ihre Anwendung sorgfältig auf die Eigenarten und Besonderheiten des Gesellschaftsverhältnisses abstimmt.

Im Ergebnis sind damit die abweichenden Standpunkte einander weitgehend angenähert. Der theoretische Streit hat infolgedessen stark an Interesse verloren. Im Vordergrund steht die an praktischen Bedürfnissen orientierte Meinung, daß die Leistungsbeziehungen der Gesellschafter in vieler Hinsicht nach anderen Regeln zu behandeln sind, als sie für den typischen gegenseitigen Vertrag gelten.

Für die analoge Anwendung der auf das Synallagma zugeschnittenen Gewährleistungsvorschriften des Kauf-, Miet- und Werkvertrages ergibt sich daraus die Erkenntnis, daß das Gegenseitigkeitsprinzip in seiner Anwendung auf die Gesellschaft in erheblichem Umfang durchbrochen werden muß. Die analoge Rechtsanwendung sieht sich daher nicht allein den in sonstigen Fällen üblichen Schwierigkeiten der Normanpassung gegenüber. Es zeigt sich vielmehr, daß hier durchgehend ein dem inneren Aufbau und dem Wirkungsschema des Synallagma entgegengesetztes Prinzip wirksam ist.

b) Die Gesellschaft als sozialrechtliche Personenvereinigung.

Das in vereinzeltten Vorschriften des Gesellschaftsrechts erkennbare, letztlich aber nur aus dem Wesen der Gesellschaft ableitbare Ordnungsprinzip besteht in der engen Gemeinschaftsbindung der Gesellschafter.

Gekennzeichnet wird die Gemeinschaftsbindung durch eine der Gemeinsamkeit der Interessen entsprechende persönliche Verbundenheit der Gesellschafter, die sich nicht in den rein vermögensrechtlichen Beziehungen der Vertragspartner erschöpft, sondern sie darüber hinaus durch ein gesteigertes Maß an gemeinschaftsbestimmtem Verhalten und wechselseitiger Treue miteinander verbindet. Damit tritt die Gesellschaft in einen erkennbaren Gegensatz zu den individualrechtlichen Austauschverträgen des Verkehrsrechts. Nicht zu Unrecht wird deshalb in der neueren Literatur auch zunehmend von der gemeinschaftsrechtlichen oder sozialrechtlichen Struktur der Gesellschaft gesprochen⁹⁵⁾.

Diese Erkenntnis ist im wesentlichen auf dem Boden der deutschrechtlichen Genossenschaftstheorie gewachsen. Zu einer ausreichenden dogmatischen Klärung des Begriffs ist es indessen noch nicht gekommen. Allgemein wird der Begriff in der Literatur auf solche Tatbestände angewendet, bei denen die gemeinsamen Interessen und die persönlichen Bindungen der Beteiligten für das Rechtsverhältnis konstitutiv sind und die Regeln des individualrechtlichen Schuldvertragsrechts für eine befriedigende Regelung der Rechtsbeziehungen nicht ausreichen. In diesem Sinne wird auch das Arbeitsverhältnis in den Kreis der sozialrechtlichen Schuldverhältnisse einbezogen⁹⁶⁾.

95) Siebert, DRW 1936 S. 231 ff., insbesondere S. 234; Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 5; Julius von Gierke, Handelsrecht, S. 171 f.; Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 25.

96) Vgl. hierzu insbesondere Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, S. 115, wo das Arbeitsverhältnis als ein Gemeinschaftsverhältnis bezeichnet und als ein Rechtsverhältnis beschrieben wird, „das sich nicht in einzelnen vermögensrechtlichen Leistungen beider Teile erschöpft, sondern darüber hinaus eine persönliche Verbundenheit begründet und sie zu gegenseitiger Treue verpflichtet“. Die Parallele zwischen Arbeitsvertrag und Gesellschaftsvertrag im Gegensatz zum Kaufvertrag wird besonders hervorgehoben. Im gleichen Sinne auch Nikisch, Arbeitsr. S. 80.

Die sozialrechtlichen Züge der Gesellschaft treten vor allem bei den Rechtsvorschriften in Erscheinung, die den Fortbestand der durch die Gesellschaftsgründung gebildeten Gemeinschaft ermöglichen und erleichtern sollen (z. B. §§ 727, 736, 737 BGB). In vermögensrechtlicher Hinsicht wird die sozialrechtliche Bindung weiter verstärkt durch das Gesamthandsprinzip, das dem Gesellschafter insbesondere das Recht versagt, über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen zu verfügen und Teilung des Vermögens zu verlangen (§ 717 BGB⁹⁷⁾). Zu erwähnen ist ferner das Recht des Gesellschafters auf Einsichtnahme und Nachprüfung (§ 716 BGB).

Die sozialrechtliche Natur der Gesellschaft offenbart sich aber nicht nur im Innenverhältnis, sondern auch in den Beziehungen zu Außenstehenden. Der Zwang zur gemeinsamen Willensbildung als Voraussetzung für die Teilnahme am Rechtsverkehr fordert ein gewisses Mindestmaß an „Gemeinschaftsorganisation, die den Gesellschaftswillen verkörpert und jedem Beteiligten gewisse Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten gibt“⁹⁸⁾. Damit nimmt die Gesellschaft aber zugleich Elemente in sich auf, die sie aus der Ebene des typischen Schuldvertrages herausheben und in die Nähe der körperschaftlich organisierten Personenvereinigungen des Privatrechts rücken. Es hat daher auch nicht an Stimmen gefehlt, die die Gesellschaft in ihrer Existenz als Personenvereinigung weitgehend vom Schuldrecht ablösen wollen und ihr den Charakter eines korporativen Verbandes zusprechen⁹⁹⁾.

Dieser Auffassung kann insofern unbedenklich zugestimmt werden, als sie mit Recht die für die Handlungsfähigkeit einer Personenmehrheit notwendige Unterordnung des Einzelwillens unter den Gesamtwillen (§ 709 BGB) und die damit in Zusammenhang stehenden Einwirkungsbefugnisse der Gesellschafter (Widerspruchsrecht, § 711 BGB, Nachprüfungsrecht, § 716 BGB) betont. Dennoch empfiehlt es sich, von verbandsrechtlicher Struktur in diesem Sinne nur bei körperschaftlich organisierten, durch besondere Organe handelnden und vom Wechsel der Mitglieder unabhängigen Personenvereinigungen zu reden, die gesamthänderisch organisierten Personengemeinschaften hingegen mit einem weitergefaßten Ausdruck als sozialrechtliche Verbindungen zu bezeichnen¹⁰⁰⁾. Die erwähnte Betrachtungsweise führt sonst leicht zu der aus dem Verbandsrecht entlehnten Anschauung, der Gesellschaftsvertrag habe nur Bedeutung für die Gesellschaftsgründung, sei also

97) Beides ist zwar für die Gesamthandsgemeinschaft typisch, aber nicht begrifflich notwendig, wie dies die — freilich auf einem nicht gewollten Zusammenschluß beruhende — Erbgemeinschaft zeigt (§§ 2033, 2042 BGB).

98) BGH in NJW 1951 S. 308.

99) Z. B. Veltmann, Die verbandsrechtliche Struktur und Dynamik des Gesellschaftsbegriffs im Bürgerlichen Gesetzbuch, besonders S. 40 ff.; Schafheutle, Gesellschaftsbegriff und Erwerb in das Gesellschaftsvermögen S. 24 f., 30 ff.; Hoeniger, Zur Struktur des Gesellschaftsbegriffs. Ein Nachwort zu Schafheutle, S. 95 ff.

100) Vgl. auch Staudinger-Geiler, Vorbem. zu § 705 Anm. 22 und Düringer-Hachenburg-Geiler II 1, Anm. 7; ebenso Otto von Gierke, der den Unterschied von Gesellschaft u. Verbandsorganisation nachdrücklich betont, Deutsches Privatrecht III S. 831 und Jher. Jb. Band 64 S. 410. — Gesamthand und Korporation bilden jedoch keine unüberbrückbaren Gegensätze. In reiner Form ist das Gesamthandsprinzip nur bei

im wesentlichen nur vorbereitender Natur ¹⁰¹⁾, während die Gesellschaft selbst als (nicht rechtsfähiger) Personenverband ein von der Vertragsgrundlage weitgehend losgelöstes Eigendasein führe, das seine Ordnung letztlich aus dem tatsächlichen Gemeinschaftsverhältnis herleite ¹⁰²⁾.

Diese Auffassung ist für den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung insofern von Bedeutung, als sie die grundsätzliche Frage aufwirft, ob und wie weit die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter zueinander überhaupt den Normen des Schuldrechts unterliegen. Am entschiedensten ist dies von Siebert in Abrede gestellt worden, der in einer früheren Arbeit die Meinung vertrat, die Gesellschaft beruhe nicht so sehr auf Vertrag, sondern weit mehr auf der in ihrer tatsächlichen Ordnung begründeten „Gesamtbeziehung“. Sie bilde die natürliche und notwendige Grundlage aller Rechte und Pflichten der Gemeinschaft. Vereinbarungen seien gegenüber dem ursprünglichen und eigengesetzlichen Inhalt der Gemeinschaftsordnung nur von sekundärer Bedeutung ¹⁰³⁾.

An diesem von Siebert in einem größeren Zusammenhang entwickelten Gedanken ist richtig, daß jede Gemeinschaftsordnung auch die ihr gemäßen Rechtssätze fordert. Ihm ist auch zuzugeben, daß das Schuldrechtssystem des Bürgerlichen Gesetzbuches zu starr und zu eng ist, um mit seinen Vorschriften die vielfältigen Erscheinungsformen des Gemeinschaftslebens voll und befriedigend erfassen und regeln zu können. Der entscheidende Einwand gegen die Lehre Sieberts besteht jedoch darin, daß die tatsächlichen Beziehungen innerhalb der Personengemeinschaft nicht die Quelle wechselseitiger Rechte und Pflichten sein können. Das Verkehrsrecht ist Vertragsrecht. Rechte und Verbindlichkeiten werden grundsätzlich nur durch den rechtsgeschäftlichen Willen der Rechtsgenossen, nicht aber durch tatsächliche Verhältnisse begründet. Soweit Rechtsfolgen aus Zuständen oder Ereignissen hergeleitet werden, ist dies im Gesetz ausdrücklich ausgesprochen (vgl. insbesondere § 305 BGB).

der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft ausgebildet. Schon die OHG weist in ihrer Organisation eine gewisse Annäherung an den körperchaftlich organisierten Verein auf. Es wird daher in neuerer Zeit auch in zunehmendem Maße anerkannt, daß die Übergänge zwischen Gesellschaft und Körperschaft zum Teil fließend sind; so z. B. Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., 1. Halbband, § 103 IV mit Note 10; Schumann, Handelsrecht I, S. 184; Hueck, a. a. O., S. 21.

101) Veltmann, a. a. O., S. 32: „Der Gesellschaftsvertrag hat . . . für die Gesellschaft zwar wesentlich präparatorische, aber nicht konstitutive Bedeutung“.

102) Vgl. etwa Haupt, Gesellschaftsrecht, 2. Auflage (1942), S. 22: „Insbesondere darf aber auch bei den Personengesellschaften die Bedeutung des in dem Gesellschaftsvertrag enthaltenen Einzelwillens nicht überschätzt werden, da vielmehr stärker als die im Vertragsschluß liegende verpflichtende Vorbereitung der Gesellschaftsgründung die wahre Herstellung der gemeinschaftlichen Beziehungen ist.“ Diese Auffassung ist allerdings in der von Reinhardt besorgten 4. Auflage (1952) wesentlich gemildert worden. In demselben Sinne wie Haupt auch Bley, JW 1938 S. 528 ff.

103) DRW 1936 S. 204 ff., insbesondere S. 250; siehe ferner Siebert, Die „faktische Gesellschaft“, in Festschrift für Hedemann, S. 286 ff. Ähnlich auch Brandt, DRW 1941 S. 67 ff.

Unter dem geltenden Rechtszustand ist es daher nicht möglich, das Gesellschaftsrecht völlig aus dem Schuldvertragsrecht herauszulösen. Durch ihre Stellung im Aufbau des Bürgerlichen Gesetzbuches bleibt die Gesellschaft vielmehr eindeutig als ein Schuldverhältnis gekennzeichnet. Zudem zeigt der Gesellschaftsvertrag trotz seiner Eigenart als „gemeinschaftsbildende Einigung“¹⁰⁴⁾ alle Merkmale eines schuldbegründenden Vertrages. Wenn auch nicht alle Rechte und Verpflichtungen der Gesellschafter — wie beim gewöhnlichen Schuldvertrag — von vorneherein nach Inhalt und Umfang festgelegt sind, so bleiben sie doch Ausfluß des im Gesellschaftsvertrag begründeten Schuldverhältnisses.

Aus diesem Grunde unterstehen die rechtlichen Beziehungen der Gesellschafter zueinander auch zunächst einmal den Normen des allgemeinen Schuldrechts. Es ist dabei jedoch zu berücksichtigen, daß — wie Geiler es formuliert — die sich aus der Gesellschaft ergebenden obligatorischen Beziehungen dadurch ein besonderes Gesicht erhalten, daß sie in ein Gemeinschaftsverhältnis eingebettet sind¹⁰⁵⁾.

4. Allgemeine Lösungsprinzipien aus dem Wesen der Gesellschaft.

Für die analoge Anwendung der Gewährleistungsvorschriften des Kauf-, Miet- und Werkvertrages ergeben sich aus dem sozialrechtlichen Aufbau der Gesellschaft weitgehende Folgerungen. Der Grund liegt zum wesentlichen Teil darin, daß die Mängelrechte bei den synallagmatischen Verträgen in ihrem Aufbau zwangsläufig dem Gegenseitigkeitsprinzip des Zweiparteien-Schuldverhältnisses folgen und demgemäß ihre Funktion nur im echten Austauschverhältnis voll entfalten können. Dem steht im Gesellschaftsverhältnis jedoch die Gemeinschaftsstruktur der Personenvereinigung entgegen. Die analoge Anwendung dieser Normen ist deshalb auch nur insoweit möglich, als ihre Wirkungen mit dem sozialrechtlichen Gehalt der Gesellschafterbeziehungen in Einklang gebracht werden können.

In welchem Ausmaß die vom Synallagma abweichende Interessenlage eine Abwandlung und Anpassung der Gewährleistungsvorschriften fordert, soll im einzelnen bei den verschiedenen Haftungsfällen gezeigt werden. Gewisse theoretische Grundsätze zur Lösung dieses Problems lassen sich jedoch schon allgemein aus dem Wesen der Gesellschaft ableiten.

a) Förderungspflicht und Leistungsvereinigung.

Der erste Grundsatz, der zugleich als Korrektiv des Gegenseitigkeitsprinzips gelten muß, kommt bereits in § 705 BGB zum Ausdruck. Mit der Grundverpflichtung, die Erreichung des Gemeinschaftszwecks zu fördern, stellt das Gesetz nämlich ein Begriffsmerkmal auf, das im Synallagma-verhältnis von Schuldner und Gläubiger keinen Platz hat.

Gemeinschaftsbezogenes Verhalten im Sinne der Förderung oder Nichtbeeinträchtigung gemeinsamer Interessen ist den Austauschverträgen durchweg wesensfremd. Beim Synallagma verfolgt jeder Vertragspartner seine

104) Palandt, § 705 Anm. 3 a.

105) Staudinger-Geiler, Anm. 19 vor § 705. Vgl. zu dieser Frage auch Schumann, DR 1943 S. 268. Daß die Gesellschaft auf der Grundlage des Schuldvertrages zugleich sozialrechtlich gebundene Personengemeinschaft ist, wird in der neueren Literatur allgemein anerkannt und kommt auch in der Bezeichnung des Gesellschaftsvertrages als sozialrechtliche Einigung (Julius von Gierke, Schumann), gemeinschaftsbegründender Vertrag (Haupt) oder Organisationsvertrag (Würdinger, Schumann) zum Ausdruck.

eigenen Interessen. Das Ziel des Rechtsgeschäfts ist der Leistungsaustausch, wobei — von der Interessenlage her gesehen — die eigene Leistung nur erbracht wird, um in den Genuß der erstrebten Gegenleistung zu kommen. Im Vordergrund steht die Wahrung des eigenen Vorteils.

Demgegenüber ist die allseitige Förderungspflicht der Gesellschafter nur denkbar auf dem Boden echter Interessensolidarität. Zwar ist die Verfolgung eigennütziger Ziele mit dem Wesen der Gesellschaft durchaus vereinbar und in der Regel sogar Anlaß und Motiv des Vertragsschlusses. Jedoch besteht ein entscheidender Unterschied zum Synallagma: der Eigennutz ist in diesem Fall auf die Verwirklichung des für alle gemeinsamen Vertragszweck gerichtet, so daß sich insoweit Individualinteresse und Gemeinschaftsinteresse notwendig decken.

Unter diesem Gesichtspunkt ist auch die Beitragsleistung des Gesellschafters zu betrachten. Im Gegensatz zur Leistung beim Synallagma ist sie nicht Selbstzweck des Rechtsgeschäfts, sondern vereinbarungsgemäß Mittel zur Förderung des Gemeinschaftszwecks. Ihre Erfüllung bringt das Schuldverhältnis nicht zum Erlöschen, sondern macht es eigentlich erst lebensfähig, indem sie die Arbeits- und Interessengemeinschaft durch eine Vermögensgemeinschaft verstärkt. Angesichts der besonderen Zweckbestimmung bedeutet daher das Einbringen einer mit einem Rechts- oder Sachmangel behafteten Einlage zugleich eine Störung der Förderungspflicht. Im Falle mangelhafter Beitragsleistung ist deshalb stets zu prüfen, ob nicht neben den Rechtsbehelfen der Mängelhaftung die besonderen Vorschriften des Gesellschaftsrechts eingreifen.

Als Sondervorschrift dieser Art kommt bei besonders schwerwiegenden Mängeln vor allem der § 723 BGB in Betracht. Erfüllt danach die mangelhafte Beitragsleistung zugleich den Tatbestand des wichtigen Grundes, so kann bei der auf bestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft jeder Gesellschafter ohne Rücksicht auf die Verfolgung der Mängelrechte das Gesellschaftsverhältnis fristlos kündigen. Dieses Recht ist ausdrücklich für unverzichtbar und unbeschränkbar erklärt (§ 723 Abs. 3 BGB), nur darf es nicht ohne wichtigen Grund zur Unzeit ausgeübt werden (§ 723 Abs. 2 BGB).

Unter den gleichen Voraussetzungen kann der mangelhaft leistende Gesellschafter auch durch gemeinschaftliche Erklärung aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden, wenn in dem Gesellschaftsvertrag bestimmt ist, daß die Gesellschaft bei einer Kündigung durch einen Gesellschafter unter den übrigen fortbestehen soll (§ 737 BGB). Dasselbe gilt, wenn die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag die Ausschließungsbefugnis von anderen rechtlich zulässigen Gründen abhängig gemacht haben. Dagegen ist es nicht unbedenklich, das Ausschließungsrecht im Interesse der Gemeinschaftsorganisation auch dann zuzulassen, wenn der Gesellschaftsvertrag überhaupt keine derartige Vereinbarung enthält¹⁰⁶). Auf keinen Fall darf der Gesellschafter durch seine Ausschließung schlechter gestellt werden, als er bei einer Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grunde stehen würde, wenn er sich nicht vertraglich den für alle geltenden Ausschließungsbedingungen unterworfen hat.

Wiegt vollends der rechtliche oder tatsächliche Mangel der Einlage so schwer, daß dadurch die Erreichung des Gemeinschaftszwecks unmöglich

106) Dafür: Staudinger-Geiler, § 705 Anm 15; wie hier: Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 182 I 2.

geworden ist, so endigt die Gesellschaft von Gesetzes wegen (§ 726 BGB). Allerdings tritt diese Folge nach allgemeiner Meinung erst ein, wenn die Gesellschafter endgültig zu erkennen gegeben haben, daß sie den Mangel weder beseitigen lassen noch anderweitig ausgleichen können oder wollen¹⁰⁷⁾. Dies wird freilich nicht immer leicht festzustellen sein, so daß auch in solchen Fällen häufig nur die Kündigung nach § 723 BGB übrig bleibt.

In Fällen, in denen die mangelhafte Beitragsleistung gleichzeitig eine wesentliche Verletzung oder Störung der Förderungspflicht bewirkt, treten die eigentlichen Rechtbehelfe der Mängelhaftung somit völlig hinter die Sonderregeln des Gesellschaftsrechts zurück.

Eine weitere Besonderheit für die Anwendung der synallagmatischen Gewährleistungsvorschriften ergibt sich aus dem Wesen der Leistungsvereinigung. Ihr charakteristisches Merkmal besteht darin, daß die Beitragsleistungen durch ihre Zusammenfassung in der Gesamthand eine vom Leistungsaustausch abweichende besondere Richtung erhalten. Die Leistungen gelangen nicht mehr wechselseitig in das Vermögen des anderen Vertragsgenossen; sie werden vielmehr in ein dinglich gebundenes Sondervermögen eingebracht, an dem jeder Leistende rechtlich und wirtschaftlich beteiligt bleibt¹⁰⁸⁾. Art und Umfang der Leistungen werden nach ihrer Eignung für die Förderung des Gesellschaftszwecks und nach dem jeweiligen Leistungsvermögen der Gesellschafter frei bestimmt. Die Beiträge brauchen demgemäß auch nicht wertgleich zu sein (§ 706 Abs 1 BGB). Damit tritt bei der Gesellschaft der für das Gegenseitigkeitsprinzip typische Gedanke der Leistungsäquivalenz¹⁰⁹⁾ weitgehend in den Hintergrund.

Aus alledem ergibt sich, daß der für das Synallagma wesentliche Begriff der Gegenleistung im Leistungsgefüge des Gesellschaftsvertrages nur schwer unterzubringen ist. Sobald nämlich anerkannt wird, daß die Leistungen der Gesellschafter nicht ausgetauscht, sondern in der Gesamthand vereinigt werden, scheiden die Beiträge als Gegenleistung im Sinne eines dem Kaufpreis, dem Mietzins oder der Werkleistungsvergütung entsprechenden Äquivalents aus. Allenfalls bei der aus zwei Parteien bestehenden Gesellschaft, die zudem nicht schon nach außen hervorgetreten ist, kann der Beitrag des anderen noch wie eine Gegenleistung behandelt werden, da hier die Leistungsvereinigung überhaupt noch nicht wirksam geworden oder zumindest noch denkbar locker ist und bei ihr außerdem die dem Gegenseitigkeits-

107) Vgl. dazu grundsätzlich RG in JW 1938 S. 1522 f.; Staudinger-Geiler, § 726 Anm. 1, 3; Palandt-Gramm, § 726 Anm. 1.

108) Nach h. L. ist die Bildung eines Gesamthandvermögens für die Gesellschaft zwar kein begriffliches Erfordernis (RG in Seuff. A. Band 61 S. 188 RG in Warn.-Rspr. 1909 Nr. 403, RGZ Band 80 S. 271; Ennecerus-Lehmann, a. a. O. § 176 II d), sie ist aber nach dem Gesetz und im Rechtsleben die Regel. Abgesehen von den atypischen Gesellschaftsformen (Interessengemeinschaft, Innengesellschaft) sind die Ausnahmefälle praktisch ohne Bedeutung; sie können deshalb hier außer Betracht bleiben. Häufig ergibt sich insoweit auch die gleiche Rechtslage wie bei der stillen Gesellschaft.

109) RGZ Band 81 S. 365, 107 S. 127 Jede Partei des gegenseitigen Vertrages sucht den Gegenwert für seine eigene Leistung in der subjektiv mindestens gleichwertigen Leistung des anderen Teils; h. L. Vgl. Ennecerus-Lehmann, a. a. O. § 32 I 1 b.

prinzip gemäße Zweiseitigkeit besteht. Diese Fälle bieten darum für die Anwendung der synallagmatischen Gewährleistungsvorschriften auch keine nennenswerten Schwierigkeiten

Bei der mehrgliedrigen Gesellschaft, die ihre Geschäfte bereits aufgenommen hat, lassen sich die Beitragsleistungen dagegen nicht einmal mehr praktisch wie Gegenleistungen behandeln. Das gilt besonders für den Fall der Minderung, bei der der Wertausgleich für die mangelhafte Leistung durch eine Herabsetzung der Gegenleistung herbeigeführt werden soll ¹¹⁰⁾. Eine verhältnismäßige Kürzung der übrigen Beitragsleistungen könnte aber bei regulärer Durchführung der Minderung nur in der häufig unerwünschten Form der Rückzahlung entsprechender Geldbeträge erfolgen. Außerdem können der mangelhaften Leistung gerade solche Beitragsleistungen gegenüberstehen, die ihrer Natur nach überhaupt nicht minderungsfähig sind, wie z. B. Dienstleistungen, besondere Fähigkeiten oder Unterlassungspflichten. Abgesehen von dem praktisch unerwünschten Ergebnis würde aber eine dem Minderungsbetrag entsprechende Rückzahlung der Kapitaleinlage auch dem Grundsatz der gesamthänderischen Bindung des Gesellschaftsvermögens widersprechen. Kein Gesellschafter braucht sich eine Verringerung des Gesellschaftskapitals und damit eine Verminderung seiner Gewinnaussichten und des späteren Liquidationserlöses gefallen zu lassen. Es wäre zudem auch widersinnig, wenn die Gesellschafter gehalten sein sollten, ihr Minderungsrecht in einer Weise auszuüben, die sie im Ergebnis selber mit dem Schaden belasten würde.

Kann demnach die Minderung an den Beitragsleistungen der anderen Gesellschafter nicht wirksam vollzogen werden, so bleibt ihre Durchführung theoretisch noch in der Weise möglich, daß die dem gewährleistungspflichtigen Gesellschafter aus seiner Beteiligung am Gesellschaftsvermögen zustehenden Rechte verkürzt werden. Als solche kommen in Betracht: das Recht auf den Gewinnanteil und der Anspruch auf den anteiligen Liquidationserlös, während die aus der Gesamthänderschaft fließenden Verwaltungs- und Kontrollrechte naturgemäß ausscheiden, da sie einer wertmäßigen Kürzung nicht zugänglich sind.

Doch auch die Rechte auf den Gewinn- und Liquidationsanteil sind keine Gegenleistungen im technischen Sinne ¹¹¹⁾. Der erzielte Gewinn ist, wie Wieland zu Recht bemerkt, Produkt und nicht Äquivalent der Leistungen ¹¹²⁾. Außerdem besteht zwischen der Höhe oder dem Wert des Beitrags und dem Anteil am Gewinn keine notwendige juristische Relation. Das zeigt § 722 BGB, wonach bei fehlender Regelung über die Gewinn- und Verlustbeteiligung jeder Gesellschafter ohne Rücksicht auf die Art und die Größe seines Beitrages gleichen Anteil am Gewinn und Verlust hat. Auch enthält der nach Erstattung der Einlagen zur Verteilung gelangende Liquidationserlös im Grunde genommen nichts anderes, als den mit den bisherigen Gewinnen nicht ausgeschütteten Vermögenszuwachs und auch damit wiederum nur einen verschleierte Gewinn. Wenn Gewinn und Liquidationserlös dem Gesellschafter dennoch in gewisser Weise einen Gegenwert für seine Beitragsleistung gewähren, so tun sie das lediglich

110) Staudinger-Geiler, § 706 Anm. 11.

111) Siehe Titze, Unmöglichkeit, S. 310 f; Kisch, Krit. Vj.Schr. S. 566

112) a. a. O. S. 464.

in dem weiteren Sinne der Entgeltlichkeit und nicht nach den Regeln der Gegenseitigkeit.

Gleichwohl ist eine Verkürzung dieser Ansprüche theoretisch geeignet, in einzelnen Fällen einen der Minderung entsprechenden Wertausgleich für die mangelhafte Beitragsleistung zu schaffen. Jedoch setzt dies immer eine entsprechende Einigung unter den Gesellschaftern voraus. Damit ist aber die Frage für den gesetzlichen Regelfall nicht gelöst.

Immerhin ist soviel deutlich geworden, daß die Minderung bei der Gesellschaft nicht in der Herabsetzung der „Gegenleistung“ bestehen kann. Wie sie allerdings im Einzelnen durchzuführen ist, soll bei der Darstellung der einzelnen Haftungsfälle erörtert werden. Hier waren zunächst nur die Schwierigkeiten aufzuzeigen, denen die funktionell von einer Gegenleistung abhängigen Mängelrechte, insbesondere die Minderung, bei der Gesellschaft ganz allgemein begegnen.

b) Die Gesellschaft als Dauerschuldverhältnis

Wie das Fehlen einer echten Gegenleistung die Anwendung der Mängelrechte vornehmlich im Hinblick auf die Minderung erschwert, so wirkt der Charakter der Gesellschaft als Dauerschuldverhältnis vor allem der uneingeschränkten Anwendung des Rücktritts- und Wandlungsrechts entgegen.

Hierbei handelt es sich allerdings nicht eigentlich um ein dem Synallagma entgegengesetztes Prinzip; denn auch unter den synallagmatischen Verträgen gibt es Dauerschuldverhältnisse, wie denn überhaupt das Dauerschuldverhältnis kein besonderer Vertragstyp ist, sondern einfach dadurch gekennzeichnet wird, daß die Vertragsbeziehungen nach Art der zugesagten Leistungen regelmäßig auf eine gewisse Dauer berechnet sind. Das ist durchweg beim Miet- und Dienstvertrag ebenso der Fall, wie beim Gesellschaftsvertrag, gelegentlich aber auch beim Kaufvertrag, wenn er in der Form des Sukzessivlieferungsvertrages oder eines ähnlichen Vertrages mit dauernden Bezugsverpflichtungen begründet wird.

Allen diesen Verträgen ist gemeinsam, daß sie sich nicht in der Verpflichtung zu einmaligen Leistungen erschöpfen, sondern daß sie gewissermaßen die Quelle ständig wiederkehrender oder neu entstehender Ansprüche sind. Die Befriedigung dieser Ansprüche hat daher auch nicht die Erfüllungswirkung in Bezug auf das ganze Schuldverhältnis (§ 362 BGB), sondern nur hinsichtlich der jeweiligen Einzelleistungen. Zur Beendigung des Schuldverhältnisses selbst bedarf es, sofern es nicht von vorneherein auf bestimmte Dauer abgeschlossen ist, daher regelmäßig einer besonderen Rechtshandlung in Form der Kündigung¹¹³⁾.

Aus diesem Grunde ist mit Recht darauf aufmerksam gemacht worden, daß das Rechtsinstitut der Kündigung das eigentliche Kennzeichen des dauernden Schuldverhältnisses ist¹¹⁴⁾. Man hat ferner aus dem Wesen des Dauerschuldverhältnisses gefolgert, daß die Kündigung gegenüber anderen Rechtsbehelfen das „natürliche“ Mittel zu seiner Beendigung ist, sobald es einmal Auswirkungen gezeitigt hat¹¹⁵⁾, und man hat daran nicht ohne Begründung die Frage nach dem Verhältnis von Kündigung und Rücktritt geknüpft.

113) z. B. §§ 542, 553 f., 564 f., 605, 621 f., 723 BGB; §§ 66, 89 HGB; §§ 122 ff. Gew. O.; §§ 6, 8 VVG.

114) Otto v. Gierke, Dauernde Schuldverhältnisse, Jher. Jb. Band 64 S. 386.

115) Molitor, Die Kündigung, S. 10.

Der grundlegende Unterschied zwischen beiden Rechtsbehelfen beruht auf ihrer verschiedenartigen Wirkung. Sie führen zwar beide kraft rechtsgestaltender Willenserklärung zur Auflösung des Schuldverhältnisses. Während aber die Kündigung das Schuldverhältnis lediglich im Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens beendet, greifen die Wirkungen des Rücktritts auf den Vertragsabschluß zurück. Die sich daran anschließenden Rechtsfolgen sind insofern erheblich, als die Kündigung den bisherigen Erfüllungszustand unberührt läßt, der Rücktritt hingegen darauf abzielt, den im Dauerverhältnis verwirklichten Erfüllungszustand nachträglich wieder rückgängig zu machen. Da nun aber die Rückabwicklung des bereits teilweise erfüllten Dauerschuldverhältnisses nach den §§ 346 ff BGB oftmals nicht nur tatsächlich Schwierigkeiten mit sich bringt, sondern vielfach auch zu einer von keiner Seite erwünschten Vernichtung geschaffener Werte führt, hat sich aus dem Gedanken des Bestands- und Vertrauensschutzes die Praxis herausgebildet, den Rücktritt weitgehend zugunsten der für angemessener gehaltenen Kündigung zurückzudrängen ¹¹⁶⁾.

Das Gesetz scheint diese Entwicklung zumindest der Tendenz nach zu stützen, indem es zum Beispiel bei der Miete das Rücktrittsrecht der §§ 325 und 326 BGB durch das Recht zur fristlosen Kündigung (§ 542 BGB) ersetzt und bei den dem Kaufrecht nachgebildeten Regeln der Mängelhaftung das Wandlungsrecht nicht übernommen hat. Im Dienstvertragsrecht besteht zudem in den praktischen Auswirkungen ohnehin kein Unterschied zwischen Rücktritt und Kündigung. Die Rückgewähr geleisteter Dienste ist ihrer Natur nach nicht möglich; an ihrer Stelle ist nach § 346 Satz 2 BGB in der Regel die vertragliche Vergütung, andernfalls ihr Wert (§ 612 BGB!) zu entrichten. Das führt aber im Ergebnis zur Erfüllung für die Vergangenheit oder, falls die Gegenleistung schon erbracht war, zur Aufrechterhaltung des Erfüllungszustandes.

Für das Gesellschaftsrecht hat die ständige Rechtsprechung aus dieser Entwicklung den von der herrschenden Lehre ebenfalls anerkannten Satz abgeleitet, daß bei der in Vollzug gesetzten Gesellschaft das Rücktrittsrecht nicht mehr geltend gemacht werden kann ¹¹⁷⁾. Sie vermeidet damit die un-

116) Vgl. in der Literatur schon Otto von Gierke, a. a. O. S. 390, nach dessen Ansicht bei dauernden Schuldverhältnissen für das Rücktrittsrecht im allgemeinen kein Raum ist, während Gschnitzer, Jher. Jb. Band 76 S. 327 und 385 ff., die Kündigung sogar unter Ausschluß aller übrigen Rechtsbehelfe für das alleinige Auflösungsmittel hält. Das Richtige trifft wohl Beitzke, wenn er die Ersetzung des Rücktritts durch die Kündigung als für den Regelfall sachgerecht bezeichnet (a. a. O. S. 23). Diese Gedankengänge haben auch in den Beratungen der Akademie für Deutsches Recht und schließlich in dem Gesetzentwurf über die Neuregelung des Rechts der Leistungsstörungen ihren Niederschlag gefunden. Der den § 325 BGB teilweise ersetzende § 23 Abs. 1 des Entwurfs bestimmt ausdrücklich:

„Bei Schuldverhältnissen, die zu einer Dienstleistung oder Gebrauchsüberlassung auf Zeit verpflichten, und bei Gesellschaftsverträgen (Dauerschuldverhältnissen) tritt an Stelle des Rücktrittsrechts das Recht zur fristlosen Kündigung.“

Vgl. Stoll, Die Lehre von den Leistungsstörungen, S. 137.

117) RGZ Band 81 S. 305; 89 S. 333, 398; 112 S. 283; 145 S. 283; 158 S. 326; 165 S. 199; JW 1933 S. 1996; 1937 S. 2230 und 2970; DR 1943 S. 801.

erwünschte Rückabwicklung nach den §§ 346 ff. BGB und eröffnet die Möglichkeit, die zur Ausführung gebrachte Gesellschaft nach den Grundsätzen der gewöhnlichen Liquidation aufzulösen. Darüber hinaus knüpft sie bei der nicht ohnehin frei kündbaren Gesellschaft (§ 723 Abs. 1 Satz 1 BGB) die Auflösung an die Voraussetzung, die das Gesetz für die Kündigung aus wichtigem Grund aufgestellt hat (§ 723 Abs. 1 Satz 2 BGB) ¹¹⁸⁾.

Die Auswirkungen dieses Grundsatzes auf die Gewährleistungsrechte sind in ihren Einzelheiten bei der Behandlung des Rücktritts und der Wandlung näher zu untersuchen.

c) Die Treupflicht des Gesellschafters.

Ausfluß der Gemeinschaftsstruktur der Gesellschaft und damit ein weiteres, dem Aufbau des Synallagma nicht konformes Ordnungsprinzip ist auch die wechselseitige Treupflicht der Gesellschafter. Sie ist eine im Gesetz nicht besonders ausgesprochene Verpflichtung, die gewohnheitsrechtlich sämtliche Beziehungen der Gesellschafter zueinander „in besonderem Maße“ beherrscht ¹¹⁹⁾. Ihre Grundlage ist das besondere persönliche Vertrauensverhältnis, auf dem die Gesellschaft als Arbeits- und Interessengemeinschaft notwendigerweise aufgebaut sein muß.

Die Treupflicht bedeutet im Rahmen des Gesellschaftsverhältnisses mehr, als nur die Verpflichtung zur vertragsgetreuen Erfüllung der geschuldeten Leistung; vor allem ist sie nicht mit dem das gesamte Schuldrecht durchdringenden Grundsatz von Treu und Glauben gleichzusetzen. Die Beachtung von Treu und Glauben fordert das Gesetz nur, um ein Mindestmaß an sittlichem Verhalten im Rechtsverkehr zu gewährleisten. Die Treupflicht des Gesellschafters hingegen wirkt weit darüber hinaus. Sie ist zwar ihrer Natur nach ein Ausfluß des Grundsatzes von Treu und Glauben, ihrer Intensität und Auswirkung nach ist sie jedoch deutlich von ihm unterschieden ¹²⁰⁾. In dieser besonderen Ausprägung ist sie mitbestimmend für Inhalt und Umfang der Leistungspflichten. Sie erlegt dem Gesellschafter auch dort, wo keine konkrete Leistungspflicht besteht, die Verpflichtung auf, tätig für das Gemeinschaftsinteresse zu wirken und Schädigungen von der Gesellschaft fernzuhalten.

Demgemäß setzt die Treupflicht auch der Ausübung gesellschaftlicher Rechte gewisse Schranken, was naturgemäß nicht ohne Einfluß auf die Verfolgung der Mängelansprüche bleiben kann. Die Treupflicht fordert nämlich zur Erhaltung der Gemeinschaftsinteressen von dem einzelnen Gesellschafter unter Umständen Opfer, die dem Haftungsschema des Synallagma wesensmäßig fremd sind. Zeigen sich beim Synallagma Leistungsmängel, die die

— Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 176 III 1 a; Haupt-Reinhardt, a. a. O. S. 28 f.; Würdinger, a. a. O. S. 43; Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 27; Staudinger-Geiler, § 705 Anm. 11 — Im übrigen ist es auch für das Dienstvertragsrecht herrschende Meinung, daß das Rücktrittsrecht durch das Recht zur fristlosen Kündigung (§ 626 BGB) verdrängt wird; RGZ Band 92 S. 158 und 177; 105 S. 168; 158 S. 326; Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 147 II. Vgl. hierzu insbesondere die Entwicklung im Arbeitsrecht.

118) RGZ Band 81 S. 303; 89 S. 335; RG in JW 1926 S. 2529.

119) So RGZ Band 128 S. 16; ebenso Band 142 S. 216. Vgl. auch Hueck, Der Treuegedanke im Recht der offenen Handelsgesellschaft, Festschrift für Rudolf Hübner, S. 72 ff.

120) Vgl. auch Staudinger-Weber, § 242 Anm. A 129 f., A 246.

ordnungsgemäße Abwicklung des Rechtsgeschäfts stören, so tritt die Gegensätzlichkeit der Interessen gewöhnlich in aller Deutlichkeit zutage. Jeder sucht verständlicherweise seinen Vorteil zu wahren, soweit ihm die Rechtsbehelfe der Mängelgewähr dies gestatten.

Was aber beim Synallagma interessengemäß ist, unterliegt bei der Gesellschaft auf Grund der wechselseitigen Treupflicht regelmäßig gewissen Modifikationen. Sie schafft hier ein beträchtliches Gegengewicht gegen den mit der mangelhaften Leistung häufig verbundenen Zertall der Interessensolidarität. Die Ausübung der Mängelrechte wird daher im Einzelfall am Maßstab der Gesellschaftstreue gemessen werden müssen. Als allgemeine Richtlinie kann dabei die folgende, von Hueck aufgestellte Formel gelten: „Jeder Beteiligte ist verpflichtet, jede Schädigung der Interessen der Gemeinschaft und der durch den Gemeinschaftszweck umfaßten Interessen der Mitbeteiligten zu unterlassen und darüber hinaus diese Interessen im Rahmen der durch die Gemeinschaft bedingten Tätigkeit zu fördern“ ¹²¹⁾.

d) Die Bedeutung des § 708 BGB für die Mängelhaftung.

Besonders erwähnt werden muß in diesem Zusammenhang auch der § 708 BGB, nach welchem der Gesellschafter bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. In dieser Vorschrift kommt nämlich ein weiterer theoretischer Unterschied zum Synallagma zum Ausdruck, da die Gesellschaft unter den entgeltlichen Schuldverträgen der einzige Vertragstyp ist, bei dem das Haftungsmaß auf die culpa in concreto herabgemindert ist.

Das Gesetz hat diesen Grundsatz aus dem römisch. Recht übernommen ¹²²⁾. Seine Zweckmäßigkeit ist allerdings im Hinblick auf die offene Handelsgesellschaft und die organisatorisch differenzierteren Gesellschaften mehrfach bezweifelt worden ¹²³⁾. Bei der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft dürfte die Begrenzung der Haftung indes kaum durchgreifenden rechtspolitischen Bedenken begegnen. In ihrem Bereich entspricht sie durchaus dem durch die engen persönlichen Beziehungen der Gesellschafter geprägten Vertrauensverhältnis.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist der Haftungsmaßstab des § 708 BGB ohne Ausnahme auf sämtliche Verpflichtungen des Gesellschafters anzuwenden. Titze folgert daraus, daß der Gesellschafter somit auch nicht — wie etwa der Verkäufer — Rechts- und Sachmängel seiner Leistung unbedingt zu vertreten habe. Vielmehr hafte er für sie nur, wenn er ihr Vorhandensein entweder schuldhaft, d. h. durch Außerachtlassen der *diligentia quam in suis*, verursacht habe, oder wenn er sie zur Zeit der Entstehung des Gesellschaftsvertrages kannte oder bei Anwendung dieser Sorgfalt hätte kennen müssen ¹²⁴⁾.

121) Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, S. 15. Vgl. außerdem Staudinger-Geiler, Vorbemerkung zu § 705 Anm. 24 und § 706 Anm. 57; Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 177 II 2.

122) Siehe D 17. 2. 72.

123) Staudinger-Geiler, § 708 Anm. 1; Haupt-Reinhardt, a. a. O. S. 53; Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 31; derselbe, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, S. 68 f.; Schumann, a. a. O. S. 230.

124) Die Unmöglichkeit der Leistung nach Deutschem Bürgerlichen Recht, S. 318.

Titze schließt damit gewissermaßen *e contrario*, daß der Gesellschafter, der bei der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten die in seinen eigenen Angelegenheiten übliche Sorgfalt beobachtet, in keinem Falle zu haften habe. Diese Ansicht ist jedoch dogmatisch wie praktisch verfehlt. Sie ist, soweit ersichtlich, auch anderweitig nie mehr vertreten worden.

Der § 708 BGB darf nicht als Sondervorschrift in dem Sinne verstanden werden, daß er in den Fällen, in denen der Gesellschafter nicht mindestens die konkrete Sorgfaltspflicht verletzt hat, eine Haftung schlechthin ausschließen will. Die Vorschrift muß vielmehr im Zusammenhang mit § 277 BGB gesehen werden, ohne den sie nicht richtig interpretiert werden kann. Allerdings läßt sich Titzes These aus § 277 BGB allein nicht widerlegen, da die Vorschrift unmittelbar nichts über den Anwendungsbereich des § 708 BGB aussagt, sondern lediglich den Umfang der Sorgfaltspflicht bestimmt. § 277 BGB steht aber wiederum im engsten Zusammenhang mit dem § 276 BGB und damit inhaltlich in unmittelbarer Verbindung zur Grundnorm der Verschuldenshaftung.

Systematisch ergänzt § 277 BGB den § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB. Seine Bedeutung kann daher nur so weit reichen, wie die Verschuldenshaftung geht. Als gesetzlicher Anwendungsfall des § 277 BGB erfaßt somit der § 708 BGB die Fälle der eigentlichen Gewährleistung überhaupt nicht. Die Haftungsmilderung kommt vielmehr nur dort zum Zuge, wo das Gesetz die Mängelhaftung an den Tatbestand einer schuldhaften Verletzung der Leistungspflicht knüpft¹²⁵⁾.

Die Auswirkungen der Haftungsbeschränkung sind demnach nicht sehr bedeutend. Die von ihr betroffene Rechtsfolge gewährt ohnehin nur einen zusätzlichen Anspruch, neben dem die übrigen Rechtsbehelfe der Mängelgewähr nach Voraussetzung und Wirkung selbständig bestehen bleiben¹²⁶⁾. Anders dagegen Titze. Seine Auslegung des § 708 BGB sprengt letztlich das gesamte Haftungssystem des Schuldrechts und führt schließlich zu der praktisch unannehmbaren Konsequenz, daß die eigentlichen Grundtatbestände der Mängelhaftung völlig aus dem Gesellschaftsrecht verdrängt werden.

IV. Die Rechtsfolgen mangelhafter Beitragsleistungen im einzelnen.

Wie in den vorhergehenden theoretischen Erörterungen dargelegt wurde, beruht die Problematik der Mängelhaftung im Gesellschaftsrecht auf dem Fehlen adäquater und interessengerechter Normen. Es ist in diesem Zusammenhang ferner gezeigt worden, daß die Inkongruenz im dogmatischen Aufbau vom Synallagma und Gesellschaft ein beträchtliches Spannungsverhältnis zwischen dem Normalgehalt der zur Anwendung kommenden Vorschriften und der Interessenlage des Gesellschaftsverhältnisses erzeugt. Seine praktischen Auswirkungen sollen nun im folgenden an Hand der einzelnen Haftungsfälle näher untersucht werden. Da allerdings, wie schon er-

125) z. B. § 463 BGB. Vgl. auch Staudinger-Geiler, § 706 Anm. 10; Ennecerus-Lehmann, a. a. O. § 177 II 1 b; Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, S. 130.

126) Siehe §§ 463, 538, 635 BGB; es kann Schadensersatz „statt“ Wandelung und Minderung oder „statt“ der in § 537 bestimmten Rechte geltend gemacht werden.

wähnt, die Anwendung der Gewährleistungsvorschriften auf die zweiseitige, nach außen noch nicht hervorgetretene Gesellschaft keine Besonderheiten zeigt, beschäftigt sich die Darstellung dieses Abschnittes fast ausschließlich mit der bereits in den Rechtsverkehr eingetretenen und durch Bildung eines Gesellschaftsvermögens ausgeführten Gesellschaft.

Es mag jedoch zuvor darauf hingewiesen werden, daß die Gesellschafter den Schwierigkeiten der gesetzlichen Lösung dadurch entgehen können, daß sie die Rechtsfolgen mangelhafter Beitragsleistungen bereits bei der Gesellschaftsgründung in einer dem Gesellschaftsverhältnis angemessenen Weise vertraglich festlegen. Die grundsätzliche Zulässigkeit derartiger Vereinbarungen steht dabei außer Frage. Das Gesellschaftsrecht kennt nur wenige unabdingbare Vorschriften (z. B. §§ 712 Abs. 1 und 2, 723 Abs. 3, 724 Satz 1, 725 Abs. 1, 728 BGB). Im übrigen ist es, wie durchweg das Schuldrecht überhaupt, auf dem Grundsatz der freien Vertragsgestaltung aufgebaut. Das gilt bei der Gesellschaft insbesondere für die hier interessierenden Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis ¹²⁷⁾.

Für die vertragliche Regelung bieten sich verhältnismäßig einfache Lösungen. Bei einem für die Existenz der Gesellschaft nicht wesentlichen Mangel der Einlage wird in der Regel die Verpflichtung zur Nachzahlung des Minderwerts einen ausreichenden Interessenausgleich bieten. Wo es den Umständen nach möglich ist, kann auch die Pflicht zur Mängelbeseitigung oder Nachbesserung einen brauchbaren Behelf darstellen ¹²⁸⁾. Für besonders schwere Fälle des Leistungsmangels kann die Ausschließung des gewährleistungspflichtigen Gesellschafters vorgesehen werden. Insoweit sind die Gesellschafter bei der Vertragsgestaltung nicht an die Voraussetzungen des § 737 BGB gebunden. Schließlich können sie die Gewährleistungsansprüche auch teilweise beschränken, insbesondere bestimmte Mängel von der Haftung ausnehmen oder die Geltendmachung bestimmter Mängelrechte überhaupt ausschließen.

Die Kautelarjurisprudenz hat sich allerdings der Möglichkeit, die Folgen mangelhafter Beitragsleistungen schon beim Vertragsschluß vorausschauend zu regeln, bislang nicht angenommen ¹²⁹⁾. Es darf daraus geschlossen werden, daß das Bedürfnis für eine solche Vereinbarung in der Praxis kaum oder doch nur höchst selten auftaucht, es sei denn, daß die vereinbarte Einlage für den Bestand und die Tätigkeit der Gesellschaft von vornherein so wesentlich ist, daß die Folgen des Leistungsmangels bereits bei der Gesellschaftsgründung ins Auge gefaßt und zweckentsprechend geregelt werden. Meist wird jedoch in diesen Fällen ohnehin nur die Auflösung der Gesellschaft möglich sein. Vor allem wird sich aber die im Verkehrsrecht sonst zu be-

127) Für die OHG hebt § 109 HGB ausdrücklich hervor, daß sich das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander (Innenverhältnis) zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage richtet. Bei der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft fehlt eine entsprechende Vorschrift als selbstverständlich.

128) RG in JW 1938 S. 1522.

129) Möhle, Die Personalgesellschaft, Systematischer Kommentar, 1957, erwähnt zwar auf S. 47 die Anwendbarkeit der §§ 445, 493 BGB als nachgiebiges Recht, weist aber unter seinen Vorschlägen für eine zweckmäßige Vertragsgestaltung keine vom Gesetz abweichenden Vorschläge auf. Ebenso wenig macht Fiegler, Die Gesellschaft — Vertragsgestaltung, Steuern der Gesellschaft und der Gesellschafter, Vertragsmuster — 1955, konkrete Vorschläge für eine vertragliche Regelung der Mängelhaftung; vgl. insbesondere S. 33 f.

obachtende Neigung, Haftungsfragen formulärmäßig zu behandeln, im Gesellschaftsrecht deshalb nicht durchsetzen können, weil die Gesellschaft wegen ihrer verschiedenartigen Vertragsziele und vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten nur sehr selten einen typischen Leistungsinhalt aufweisen wird.

In der Regel wird daher das Gesetz den Interessenkonflikt lösen müssen.

1. Die dem Rechte nach mangelhafte Einbringung.

a) Die Haftung für Rechtsmängel. Gutgläubiger Erwerb der Einlage.

Der zur Einbringung dem Rechte nach verpflichtete Gesellschafter hat der Gesamthand bei Sacheinlagen das Eigentum und bei der Einbringung unkörperlicher Gegenstände das Recht an der Einlage zu verschaffen.

Die Verpflichtung zur Rechtsverschaffung umfaßt, sofern im Gesellschaftsvertrage nichts Abweichendes vereinbart worden ist, die Übertragung des von Rechten Dritter freien, unumschränkten Herrschafts- und Nutzungsrechts. Darüber hinaus hat der Gesellschafter bei der Einbringung einer Forderung oder eines sonstigen Rechts für den rechtlichen Bestand der Einlage, sowie für ihre Freiheit von Einreden einzustehen. Insoweit decken sich ganz allgemein der Inhalt und der Umfang seiner Leistungspflichten mit denen des Verkäufers. Die Auslegungsregeln der §§ 435 — 439, 440 Abs. 2 und 444 BGB können daher unmittelbar auf das Einlagegeschäft angewendet werden.

Abweichungen können sich aber bereits aus der Natur und dem Zweck der Gesellschaftsgründung ergeben. So wird es häufig dem Willen und der Absicht der Vertragsparteien entsprechen, daß der einbringende Gesellschafter nicht nur für den Bestand der Forderung, sondern auch für ihre Einbringlichkeit, d. h. für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners, haften soll. Dasselbe wird man bei sonstigen Rechten für ihre Güte und ihre Verwertbarkeit annehmen müssen. Das folgt regelmäßig aus der zum Vertragsinhalt gehörenden Zweckbestimmung der Einlage, die als Mittel zur Förderung des Gemeinschaftszwecks auch die für ihre Verwendung erforderliche Realisierbarkeit mitbringen muß.

In ähnlicher Weise wird man im Zweifel aus dem Zweck des Einlagegeschäfts auch folgern können, daß sich die Gewährpflicht für den Bestand und die Einredefreiheit der Forderung nicht bloß, wie beim Kauf, auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bezieht, sondern daß sie bis zur endgültigen Erfüllung der Beitragsleistung fort dauert ¹³⁰⁾. Der im Gesellschaftsvertrag erklärte Wille bedarf mithin gerade in dieser Richtung einer besonders sorgfältigen Ausdeutung.

Der Anwendungsbereich der Rechtsmängelhaftung ist aber gegenüber dem Kaufrecht auch noch in einer anderen Beziehung praktisch erweitert. Während nämlich beim Sachkauf die Verpflichtung zur Rechtsmängelgewähr

130) Vgl. auch Staudinger-Geiler, § 706 Anm. 9 Mißverständlich Böhmer, Die Rechts- und Sachmängelhaftung bei der Einbringung einer Sacheinlage in eine offene Handelsgesellschaft, Diss. München, 1949, S. 97, der diese Folgerung bereits aus der Natur der im Gesellschaftsvertrag übernommenen Verpflichtungen ziehen will. In Wahrheit kommt es auch hier letztlich nur auf den Willen der Vertragsschließenden an, für dessen Erforschung die Natur und der Zweck des Einlagegeschäfts allerdings meist gewichtige Anhaltspunkte bieten.

durch die Möglichkeit gutgläubigen Erwerbs häufig entfällt, ist das bei der Gesellschaft wegen der Eigenart des Erwerbsaktes nicht im gleichen Umfang der Fall. Zwar greifen auch beim Einlagegeschäft grundsätzlich die Vorschriften über den Gutgläubensschutz (§§ 892, 932 ff BGB) ein, wenn in der Person des einbringenden Gesellschafters die rechtlichen Voraussetzungen für die Verschaffung des (lastenfreien) Eigentums fehlen. Kennt er aber, was durchweg der Fall sein wird, selber den Mangel seiner Berechtigung oder ist ihm dieser Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt, so ist schon allein dadurch der Eigentumserwerb durch die Gesamthand ausgeschlossen, ohne daß es noch auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen der übrigen Gesellschafter ankäme ¹³¹⁾.

Dieses Ergebnis hängt mit der eigentümlichen Rechtsstellung des einbringenden Gesellschafters beim Erwerbsvorgang zusammen. Auf der einen Seite ist er zwar Veräußerer, dessen Gut- oder Bösgläubigkeit für den Erwerb vom Nichtberechtigten ohne jede Bedeutung ist. Andererseits ist er aber in seiner Eigenschaft als Gesamthänder zugleich auch, und zwar notwendig, Miterwerber der Einlage. Die Wirkung des Eigentumserwerbs kann aber bei der Gemeinschaft zur gesamten Hand entweder nur einheitlich gegenüber allen Gesamthändern eintreten oder aber überhaupt nicht. Ein beschränkter Erwerb etwa der auf die gutgläubigen Gesellschafter entfallenden „Miteigentumsquoten“ oder ein Erwerb des ganzen Eigentumsrechts etwa nur durch die gutgläubigen Gesellschafter ist bei der dogmatischen Konstitution der Gesamthandsberechtigung undenkbar. Jede andere Auffassung würde zur Auflösung des Gesamthandsprinzips führen und zu der unhaltbaren Konsequenz nötigen, innerhalb der Gesamthand hinsichtlich des betreffenden Vermögensgegenstandes je nach Gut- und Bösgläubigkeit entweder anteilmäßig oder personell beschränkte besondere Gesamthandsgemeinschaften bestehen zu lassen. Daher muß schon der böse Glaube des einbringenden Gesellschafters für sich allein den Eigentumserwerb der Gesellschaft vereiteln.

Das gilt auch für den Fall, daß der einbringende Gesellschafter von der Geschäftsführung und der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen ist und er aus diesem Grunde bei dem Übertragungsakt auf Seiten der erwerbenden Gesellschaft nicht unmittelbar mitwirkt. Hier steht dem gutgläubigen Erwerb die Vorschrift des § 166 Abs. 2 BGB entgegen. Der einbringende Gesellschafter wird beim Erwerbsakt durch den oder die auf Grund rechtsgeschäftlicher Vollmacht und zumindest generell nach bestimmten Weisungen handelnden Geschäftsführer vertreten. Insoweit kommt aber der gute Glaube der Geschäftsführer nicht in Betracht. Es entscheidet vielmehr die Bösgläubigkeit des einbringenden Gesellschafters, die mit Rücksicht darauf, daß der Erwerb in die Gesamthand unteilbar ist, den gutgläubigen Erwerb der Einlage durch die Gesellschaft verhindert.

Problematisch wird die Frage freilich dann, wenn nicht einbringende, wohl aber ein anderer Gesellschafter bösgläubig ist, dieser aber beim Erwerbsvorgang selber nicht in Erscheinung tritt. Zwar ist zum Eigentumserwerb der Gesellschaft in jedem Fall die Mitwirkung aller Gesamthänder erforderlich; es steht jedoch nichts im Wege, daß sich einzelne Gesellschafter

131) Vgl. auch RGZ Band 9 S. 145; OLG Hamburg in Hans. Ger. Ztg., Handelsrechtliche Fälle, 1891 S. 152; Reichel, JW 1910 S. 742; Schulze, LZ 1921 Sp. 677; Haupt-Reinhardt, a. a. O. S. 36

bei der Abgabe der Einigungserklärung vertreten lassen. Bei größeren Gesellschaften, die abweichend von § 709 BGB besondere Geschäftsführer bestellen, wird das sogar die Regel sein¹³²⁾. Dem wirksamen Erwerb durch einen gutgläubigen Geschäftsführer steht aber auch in solchen Fällen fast immer der § 166 Abs. 2 BGB entgegen. Das gilt insbesondere dann, wenn die einzubringende Sache im Gesellschaftsvertrag bereits konkret bezeichnet worden ist und ein bei der Einbringung verteilter Gesellschafter den Mangel der Berechtigung zu der Zeit kennt oder grobfährlässig nicht kennt. Daß der Geschäftsführer bei der Einziehung des Sachbeitrags insoweit nach bestimmten Weisungen handelt, wird man nicht bezweifeln können, zumal die Zweckbestimmung dieser Vorschrift gerade in diesem Punkt eine weite Auslegung erforderlich macht¹³³⁾.

Umso zweifelhafter erscheint die Anwendung des § 166 Abs. 2 BGB jedoch, wenn die Sacheinlage im Gesellschaftsvertrag zunächst nur der Gattung nach bestimmt war und der vertretene Gesellschafter erst bei der Konkretisierung der Beitragsleistung bösgläubig wird. Ein Handeln nach bestimmten Weisungen liegt in diesem Fall dem Wortlaut nach nicht mehr vor. Nach der ratio der Vorschrift ist aber die Anwendung des § 166 Abs. 2 BGB auch auf diesen Fall auszudehnen. Denn nach den Grundsätzen des redlichen Verkehrs (§§ 242, 157 BGB) kann es keinen Unterschied machen, ob der Gesellschafter schon bei der Erteilung der Weisung bösgläubig ist oder erst infolge späterer Bösgläubigkeit die Entschließung des Geschäftsführers dadurch beeinflußt, daß er die den Erwerb hindernde Mitteilung seines Wissens oder seiner Bedenken schuldhaft unterläßt¹³⁴⁾.

Immerhin bleibt im Grundsatz festzuhalten, daß die Eigenart des Einlagegeschäfts dem gutgläubigen Erwerb einer Sacheinlage grundsätzlich nur so weit Raum läßt, als sämtliche Gesellschafter, einschließlich des einbringenden, gutgläubig sind.

aa) Der Erfüllungsanspruch.

Die Verpflichtung des Gesellschafters zur Verschaffung des (lastenfreien) Eigentums oder des (einredfreien) Rechts ist eine echte Leistungspflicht. Die übrigen Gesellschafter können daher gegebenenfalls auf Erfüllung, d. h. auf Verschaffung des Rechts oder der Beseitigung der Belastung klagen. Sinnvoll ist eine derartige Klage vor allem dann, wenn der verschaffungspflichtige Gesellschafter den Umständen nach in der Lage ist, sein derzeitiges Unvermögen zur Leistung noch zu beheben.

132) In diesem Fall wird man allerdings eine ausdrückliche oder stillschweigende Bevollmächtigung fordern müssen, da sich aus dem Recht und der Pflicht des Geschäftsführers, die Beiträge einzuziehen, für sich allein noch keine Vertretungsbefugnis gegenüber den Mitgesellschaftern ergibt. Die Auslegungsregel des § 714 BGB bezieht sich nur auf die Außenwirkung der Geschäftsführung, wie die Worte „Dritten gegenüber“ zeigen; RG in Warn. Rspr. 1918 Nr. 53; vgl. auch Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, S. 161.

133) RGZ Band 131 S. 356; 161 S. 161.

134) Vgl. hierzu OLG Hamm in OLG-Rspr. Band 30 S. 351; ebenso Neumann-Duesberg, JR 1950 S. 333; Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 292; Enneccerus-Nipperdey, a. a. O. § 182 Note 14.

Gläubiger des zu den Sozialansprüchen gehörenden Erfüllungsanspruchs ist die Gesamtheit der übrigen Gesellschafter. Ihr steht daher das Klagerrecht auch gemeinschaftlich zu.

Bei der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft wird man grundsätzlich auch die Legitimation des einzelnen Gesellschafters zur Klage auf Leistung des Beitrags bejahen müssen. Das folgt letztlich aus der Vertragsnatur der Gesellschaft, gemäß welcher jeder einzelne Gesellschafter zugleich Empfänger des Leistungsversprechens jedes anderen ist. Daß der Anspruch inhaltlich auf Leistung an die Gesamthand geht, steht der selbständigen Klagebefugnis nicht entgegen ¹³⁵⁾.

Das Reichsgericht hat daher auch in ständiger Rechtsprechung die Einzelklage auf Leistung an alle anerkannt ¹³⁶⁾. Meinungsverschiedenheiten bestehen allerdings für den Fall, daß die Gesellschaft abweichend von § 709 BGB besondere Geschäftsführer bestellt hat. Hier sind in der Tat erhebliche Einschränkungen zu machen. Während nämlich die Einzelklage im gesetzlichen Normalfall der Gesamtgeschäftsführung ein geeignetes Mittel ist, die Schwerfälligkeit der Beschlußfassung zu überwinden, bedeutet sie bei der besonders geordneten Geschäftsführung regelmäßig einen schweren Eingriff in die Verwaltungsaufgaben und die Entschließungsfreiheit der Geschäftsführer.

Trotzdem behauptet die im Schrifttum vorherrschende Meinung die Einzelklage auch in diesem Fall ¹³⁷⁾. Dem wird man aber nur dann beipflichten können, wenn der oder ein Geschäftsführer seine Beitragspflicht selber nicht oder nicht vollständig erfüllt hat u. die übrigen Gesellschafter oder Geschäftsführer — möglicherweise aus persönlichen Gründen — nichts gegen ihn unternehmen oder wenn die Untätigkeit der Geschäftsführer selbst einen Verstoß gegen das richtig verstandene Interesse der Gesellschaft darstellen würde. In allen anderen Fällen muß jedoch das Recht zur Einzelklage aus dem Gedanken der Treupflicht heraus insoweit beschnitten werden, als dadurch die im Vertrag selbst gesetzte innere Ordnung der Gesellschaft gestört werden würde ¹³⁸⁾.

bb) Die Mängelrechte aus entsprechender Anwendung des § 440 BGB

Neben der Erfüllungsklage stehen den Gesellschaftern in entsprechender Anwendung des § 445 BGB die Mängelrechte des Kaufrechts zur Verfügung.

- 135) Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, § 45 II 2 b.
136) RGZ Band 70 S. 33 f.; 76 S. 280; 90 S. 302; 100 S. 166; RGR-Komm., § 705 Anm. 5.
137) Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 177 I 2 und 179 II 2 a (im Gegensatz zu früheren Auflagen); Staudinger-Geiler, § 705 Anm. 41; Würdinger, a. a. O. S. 48f. Hueck, a. a. O. S. 162 ff. (ausführlich). Abweichend Palandt-Gramm, § 705 Anm. 7 a, die aber die Einzelklage aus praktischen Gründen zulassen, und Haupt-Reinhardt, a. a. O. S. 31 f., die dem einzelnen Gesellschafter die Klage nur für den Fall zubilligen, daß über die Geschäftsführung keine besondere Regelung getroffen ist.
138) Siehe auch BGHZ Band 12 S. 312 — Ausführlich über das Verhältnis von Gesamt-, Geschäftsführer- und Einzelklage: Schumann, DR 1943 S. 265 ff.

Das Gesetz sieht die Haftung für Mängel im Recht nicht als den Ausfluß einer spezifischen Gewährspflicht, sondern als eine Folge der Nichterfüllung des Vertrages an. Es erklärt daher in § 440 BGB allgemein die Vorschriften über die Nichterfüllung gegenseitiger Verträge für anwendbar. Die Gesellschaft kann demnach mit den wegen der Besonderheiten des Gesellschaftsverhältnisses notwendigen Abweichungen die Rechte aus den §§ 320 ff. BGB geltend machen, wenn ein Gesellschafter seiner Verpflichtung zur Rechts- und Eigentumsverschaffung nicht nachkommt, er den einzubringenden Gegenstand nicht von Rechten Dritter befreit oder bei einer Forderung oder einem sonstigen Recht den Mangel des rechtlichen Bestandes nicht beseitigt.

Das gilt bei der Sacheinbringung allerdings nur, sofern die Beitragsleistung nicht schon bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages objektiv unmöglich war. In diesem Falle greift § 306 BGB ein mit der Folge der Nichtigkeit oder – bei Anwendung des § 139 BGB – der Teilnichtigkeit des Gesellschaftsvertrages¹³⁹⁾.

Bezieht sich die Verschaffungspflicht hingegen auf eine Forderung oder ein sonstiges Recht, so ist der Gesellschaftsvertrag auch dann gültig, wenn der Gegenstand der Einbringung bei Vertragsschluß überhaupt nicht existierte. Entsprechend dem § 437 BGB hat der Gesellschafter für die Verität der Forderung oder des Rechts unbedingt einzustehen. Insoweit ist die Geltung des Satzes, daß der auf eine unmögliche Leistung gerichtete Vertrag nichtig ist, durch positive Vorschrift verdrängt¹⁴⁰⁾. Eine Ausnahme aber bildet wiederum der Fall, daß das Entstehen und Bestehen eines solchen Rechts seiner Art nach überhaupt rechtlich nicht möglich ist. Hier verdient das Vertrauen des Vertragspartners auf die Leistungsmöglichkeit keinen Schutz¹⁴¹⁾.

i) Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

Von den Rechten der §§ 320 ff. BGB stellt die Einrede des nicht erfüllten Vertrages ihrer Funktion nach zwar keinen eigentlichen Rechtsbehelf der Mängelhaftung dar. Vielmehr dient sie entsprechend ihrer Natur als Gegenrecht nur der Abwehr einer auf ungerechtfertigte Vorleistung gerichteten Klage. Sie ist daher auch nicht geeignet, die durch einen Mangel im Recht verursachte Störung des Leistungsverhältnisses zu beseitigen und damit den beeinträchtigten Leistungsausgleich wiederherzustellen. Dennoch

139) Über die subjektive Teilnichtigkeit nach § 139 BGB vgl. RGR-Komm., § 705 Anm. 2; ferner Schumann, Handelsrecht I S. 227; Würdinger, a. a. O. S. 42; RGZ Band 79 S. 304; Bei Nichtigkeit des Vertrages ist neben den besonderen Regeln für die Abwicklung in Vollzug gesetzter Gesellschaften die Haftungsfolge aus § 307 BGB zu beachten.

140) Das Reichsgericht begründete die Haftung mit der Annahme eines stillschweigenden Garantieversprechens; RGZ Band 68 S. 293 f.; 111 S. 302 f.; ebenso Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 106 I 4. Vgl. dagegen die berechtigten Bedenken bei Staudinger-Ostler, § 437 Anm. 2; Die Gewährspflicht folgt schon aus der in § 437 BGB normierten Verpflichtung zur Rechtsverschaffung; siehe auch Protokolle S. 1343 und RGZ Band 86 S. 213.

141) RGZ Band 86 S. 213; 90 S. 244; RG in HRR 1933 Nr. 11; a. A. Heck, Schuldrecht, S. 286.

kommt ihr auch im Rahmen der Rechtsmängelhaftung eine gewisse Bedeutung zu, und zwar dann, wenn ein Gesellschafter, dessen eigene Beitragsleistung an einem nicht behobenen Rechtsmangel leidet, seinerseits einen oder mehrere andere Gesellschafter auf Erfüllung der Beitragspflicht in Anspruch nimmt. Das Vorgehen dieses Gesellschafters wird zwar in vielen Fällen zugleich treuwidrig sein, so daß seine Forderung schon nach den Grundsätzen der gesellschaftlichen Treupflicht abgewehrt werden kann. Liegt dagegen kein Verstoß gegen die Gesellschaftertreue vor, so muß auf die konkretere Vorschrift des § 320 BGB zurückgegriffen werden.

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages unterliegt jedoch in ihrer Anwendung auf die Gesellschaft erheblichen Beschränkungen. § 320 BGB bringt mit der Folge des § 322 BGB das Gegenseitigkeitsprinzip des Synallagma in reinsten Form zum Ausdruck, indem er Leistung und Gegenleistung auch in der Geltendmachung voneinander abhängig macht. Demzufolge kann die Zulässigkeit der Einrede im Gesellschaftsrecht nur dort bejaht werden, wo ein dem gegenseitigen Vertrag vergleichbares Leistungsverhältnis und eine ihm verwandte Interessenlage gegeben sind.

Das ist zunächst bei der aus zwei Personen bestehenden Gesellschaft der Fall. Es besteht darum auch weitgehend Einigkeit darüber, daß dem verklagten Gesellschafter gegenüber seinem Mitgesellschafter die Einrede des § 320 BGB nicht versagt werden darf¹⁴²⁾. In § 320 BGB konkretisiert sich der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) und es wäre unbillig, wenn der an der Leistung selber verhinderte Gesellschafter seinen einzigen Partner zur Vorleistung anhalten könnte. Das gilt selbst dann, wenn die Gesellschaft bereits den Rechtsverkehr mit Dritten aufgenommen hat, da die wirtschaftlichen Interessen der Gläubiger durch die solidarische Haftung der Gesellschafter genügend geschützt sind.

Ähnlich ist auch die Rechtslage bei der mehrgliedrigen Gesellschaft, wenn ein zur Rechtsverschaffung nicht befähigter Gesellschafter einen säumigen Mitgesellschafter mit der Einzelklage in Anspruch nimmt. Auch hier besteht ein dem Gegenseitigkeitsprinzip des § 320 BGB verwandtes Streitverhältnis, denn der Kläger macht, obwohl seine Klage auf Leistung an die Gesamthand gerichtet sein muß, den Anspruch aus eigenem Recht geltend. Damit, daß seine Klage letztlich auch den Gemeinschaftsinteressen diene, wird er in der Regel nicht gehört werden können. Einmal hat über die Wahrnehmung der Gemeinschaftsbelange grundsätzlich die Gesamthand zu entscheiden und zum anderen ist derjenige, der selber nicht vertragstreu ist, nicht der geeignete Sachwalter des Gesamtinteresses. Man wird daher die Einrede des nicht erfüllten Vertrages in diesem Falle unbedenklich zulassen können und dem Beklagten darüber hinaus unter Umständen auch die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung zubilligen müssen¹⁴³⁾. Dies um so eher, als der Anspruch der Gesamthand wegen der auf die Streitparteien beschränkten Wirkung des Urteils dadurch nicht beeinträchtigt werden kann.

142) Planck-Lobe, § 705 Anm. IV 1 a; Schumann, a. a. O. S. 227; Würdinger, a. a. O. S. 42; Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 176 II 1 b.

143) Staudinger-Geiler, § 705 Anm. 18; RGR-Komm., § 705 Anm. 4; Schumann, a. a. O. S. 227; Hueck, a. a. O. S. 38. — Liegen die Voraussetzungen der exceptio doli vor, so ist ihr, da sie zur Klageabweisung führt, schon wegen der dem Beklagten günstigeren Kostenentscheidung der Vorrang zu geben.

Anders verhält es sich dagegen, wenn bei einer mehrgliedrigen Gesellschaft der Kläger zugleich vertretungsberechtigter Geschäftsführer ist und er gerade in dieser Eigenschaft klagt. Hier kann sich der in Anspruch genommene Gesellschafter nicht darauf berufen, daß der Kläger seine Leistung, da mit einem Rechtsmangel behaftet, selber noch nicht erbracht habe. Der geschäftsführende Gesellschafter handelt im Namen der Gesamthand, er fordert somit im Gemeininteresse eine der Gesamtheit der Gesellschafter geschuldete Leistung ein, die mit seiner eigenen auch nicht mehr vergleichsweise im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung steht. Ihre rechtzeitige Erfüllung kann deshalb nicht daran scheitern, daß der geschäftsführende Kläger selber säumig ist. Wollte man die Einrede in diesem Falle zulassen, so könnte, da man sie jedem anderen Gesellschafter gleichfalls zubilligen müßte, auf diese Weise schließlich der Aufbau des Gesellschaftsvermögens vereitelt und damit die Existenz der Gesellschaft in Frage gestellt werden ¹⁴⁴⁾.

Zudem entspricht die Erfüllung Zug um Zug ohnehin nicht dem Wesen der Leistungsvereinigung. Vor allem bei größeren Gesellschaften besteht häufig gar kein Bedürfnis, die Beiträge gleichzeitig einzufordern. Der Gesellschaft oder der Geschäftsführung muß es im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens überlassen bleiben, die Beiträge jeweils nach Bedarf einzuziehen, auch wenn über die Zeit der Leistung keine besondere Abmachung getroffen worden ist. Es ist daher sinnvoller, dem beklagten Gesellschafter in diesem Fall die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu versagen und es der Gesellschaft zu überlassen, ihrerseits die Mängelrechte gegenüber dem im Leistungsrückstand befindlichen Geschäftsführer geltend zu machen. Groben Unbilligkeiten kann der verklagte Gesellschafter gegebenenfalls mit der Kündigung nach § 723 BGB begegnen.

Erst recht kann sich der in Anspruch genommene Gesellschafter nicht gegenüber der Gesamthand oder gegenüber einem Geschäftsführer, der seinen Beitrag bereits geleistet hat, darauf berufen, daß ein anderer Gesellschafter aus rechtlichen Gründen zur Verschaffung seines Beitrags nicht in der Lage sei. Abgesehen von dem Fehlen einer echten Gegenseitigkeit der Verpflichtungen würde die Störung, die der Aufbau des Gesellschaftsvermögens schon durch das Ausbleiben der einen Leistung erleidet, durch die Zulassung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages nur noch verstärkt werden. Die Treupflicht gebietet es dem Gesellschafter jedoch, seine Verpflichtungen gegenüber der Gesamthand so zu erfüllen, daß eine Schädigung des Gemeininteresses nach Möglichkeit vermieden wird. Man wird dem verklagten Gesellschafter daher allenfalls aus § 242 BGB und nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gesellschafter das Recht einräumen können, seine Leistung von der gleichzeitigen Geltendmachung der Mängelrechte gegen den anderen Gesellschafter abhängig zu machen ¹⁴⁵⁾.

ii) Die Rechte aus den §§ 325, 326 BGB.

Erfüllt der Gesellschafter die den §§ 433 — 437, 439 BGB entsprechenden Verpflichtungen nicht oder — bei behebbaren Rechtsmängeln — nicht

144) RGR-Komm., § 705 Anm. 4; Wieland, a. a. O. S. 466; Schumann, a. a. O. S. 227; Hueck, a. a. O. S. 37 f.

145) So Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 176 III 1 b.

rechtzeitig, so stehen der Gesellschaft die Rechte aus den §§ 323 bis 327 BGB zu. Ihre analoge Anwendung auf die Gesellschaft folgt, was die Voraussetzungen der Haftung betrifft, in vollem Umfang dem Kaufrecht. Das bedeutet, daß der Gesellschafter wie der Verkäufer nach § 440 BGB für sein Leistungsvermögen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses voll einzustehen hat.

Die Ansicht, daß der Verkäufer sein Unvermögen zur Leistung stets zu vertreiben habe, ist zwar nicht unbestritten, kann aber gleichwohl als herrschende Lehre bezeichnet werden. Die Gegenmeinung folgt ihr insoweit, als sie ebenfalls in dem anfänglichen Unvermögen keinen Grund für eine Nichtigkeit des Vertrages erblickt. Während jedoch die herrschende Meinung per argumentum e contrario aus § 275 Abs. 2 BGB den Schluß zieht, daß der Schuldner bei ursprünglichem Unvermögen ohne Rücksicht auf sein Verschulden zum Ersatz des vollen Interesses verpflichtet sei, lehnt die Gegenmeinung den Umkehrschluß ab und befürwortet statt dessen bei unverschuldetem Unvermögen die analoge Anwendung der §§ 275, 280, 323 BGB¹⁴⁶⁾.

Richtig ist an dieser zweiten Auffassung sicherlich, daß der von der herrschenden Meinung herangezogene Umkehrschluß nicht zwingend ist. Gegen diese Ansicht und damit für die herrschende Lehre spricht jedoch das starke Bedürfnis nach Sicherheit des Rechtsverkehrs. Der Gläubiger muß darauf vertrauen können, daß der Schuldner mit der Verpflichtung zu einer möglichen Leistung zugleich dafür einsteht, daß er die Leistung auch erbringen kann. Entscheidend ist deshalb nicht so sehr die Frage, ob nach den Gesetzen der Logik Analogie oder Umkehrschluß geboten ist, sondern die Abwägung der beteiligten Interessen unter dem Gesichtspunkt der rechtspolitischen Zielsetzung. Diese weist jedoch eindeutig auf den Vorrang des Vertrauensschutzes hin, so daß die Ansicht der herrschenden Lehre vorzuziehen ist.

Um zu diesem Ergebnis zu kommen, bedarf es auch nicht der Fiktion einer stillschweigenden Garantie des Schuldners. Seine Haftung ist vielmehr das natürliche und notwendige Korrelat zu seiner Erfüllungspflicht. Wird die Gültigkeit eines Vertrages im Gegensatz zu dem Grundgedanken des § 306 BGB durch das ursprüngliche Unvermögen des Schuldners nicht berührt, dann ist es nur folgerichtig, ihn in diesem Falle auch für seine Leistungsfähigkeit einstehen zu lassen. Denn wer trotz anfänglichen Unvermögens Erfüllung schuldet, der schuldet auch das Erfüllungsinteresse.

§ 440 BGB kann daher nur so verstanden werden, daß der Schuldner sein anfängliches Unvermögen zur Rechtsverschaffung oder zur Beseitigung des Rechtsmangels stets und ohne Rücksicht auf etwaiges Verschulden zu

146) Titze, Unmöglichkeit, S. 251 f.; derselbe, Recht der Schuldverhältnisse, S. 58; Hueck, Schuldrecht, S. 141; Esser, a. a. O. S. 14 f.; neuerdings auch Staudinger-Ostler, § 440 Anm. 6, im Gegensatz zu den früheren Auflagen.

vertreten hat ¹⁴⁷⁾. Daraus ergibt sich, daß der Gläubiger in erster Linie die Rechtsbehelfe aus den §§ 325, 326 BGB, also wahlweise Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt vom Verträge, geltend machen kann. Daneben stehen ihm aber auch die Rechte aus § 323 BGB mit dem Ersatzanspruch aus § 281 BGB zu (§ 325 Abs. 1 Satz 3 BGB).

Rücktritt vom Verträge.

Daß die analoge Anwendung dieser Vorschriften auf die Gesellschaft mit Rücksicht auf ihre sozialrechtliche Struktur starken Abwandlungen unterliegt, ist heute nahezu unbestritten. Vor allem besteht weitgehend Einigkeit darüber, daß bei einer in Vollzug gesetzten Gesellschaft ¹⁴⁸⁾ das Rücktrittsrecht nicht mehr ausgeübt werden kann ¹⁴⁹⁾. Seit der grundlegenden Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ Band 78 S. 303 ff. gilt dieser Satz auch in der Rechtsprechung unangefochten.

Die Gründe, auf die das Reichsgericht die Ausschließung des Rücktrittsrechts stützt, sind im wesentlichen das Ergebnis einer systematischen Interpretation des Gesetzes.

Da der Gesetzgeber das Recht zur Auflösung und Auseinandersetzung der Gesellschaft nur beim Vorliegen eines wichtigen Grundes zulasse und somit regelmäßig an eine vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung wesentlicher Vertragspflichten knüpfe, könne er unmöglich beabsichtigt haben, das viel einschneidendere, weil rückwärts wirkende Rücktrittsrecht ohne diese strengen Voraussetzungen zu gewähren. Es sei auch unbillig, einem Gesellschafter, der ein Recht auf Kündigung nicht habe, weil der Verstoß des anderen gegen seine Vertragspflichten nicht so schwer wiege, auf dem Umwege über die allgemeinen Vorschriften die Möglichkeit zur

147) RGZ Band 69 S. 357; RGR-Komm., § 306 Anm. 2; Oertmann, § 306 Anm. 1 b; Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 29 II 2 und § 107 I; Larenz, a. a. O. II S. 29. Auch Titze, der zu den Vertretern der Gegenmeinung zählt, macht für die Rechtsmängelhaftung eine Ausnahme mit der Begründung, daß die Rechtsordnung dem Schuldner die unbedingte Haftung in diesem Fall durch Sonderrechtssatz auferlege (Recht der Schuldverhältnisse, S. 58). Siber sieht in der unbedingten Haftung sogar einen Fall echter Gewährung (Schuldrecht, S. 231 f.).

148) „In Vollzug gesetzt“ ist die Gesellschaft, sobald sie mit dem Aufbau des Gesellschaftsvermögens begonnen hat und in den Rechtsverkehr mit Dritten eingetreten ist. Der Geschäftsbeginn der Gesellschaft braucht allerdings zeitlich nicht mit dem Einbringen der Beiträge zusammenzutreffen. Normalerweise wird dies aber weitgehend der Fall sein. Bei komplizierteren Gesellschaftsgründungen wird der Aufbau des Gesamthandvermögens meist sogar stufenweise und über einen längeren Zeitraum vor sich gehen. Mängel der Einlage werden daher in aller Regel erst nach Vollziehung der Gesellschaft in Erscheinung treten. — Daß im übrigen die Feststellung, ob die Gesellschaft bereits „vollzogen“ ist oder nicht, gelegentlich schwierig sein kann, ist zuzugeben. Das ist jedoch kein Grund, diese Unterscheidung aufzugeben (so aber Würdinger, a. a. O. S. 43).

149) Staudinger-Geiler, § 706 Anm. 9 und öfter; RGR-Komm., § 705 Anm. 4; Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 176 II 1 a; Schumann, a. a. O. S. 228; Haupt-Reinhardt, a. a. O. S. 28 f.; Würdinger, a. a. O. S. 78; Hueck, a. a. O. S. 36.

Lossagung vom ganzen Verträge zu geben. Der § 723 BGB sei darum als Sondervorschrift anzusehen, die die Anwendbarkeit der §§ 325, 326 BGB schlechthin ausschließe¹⁵⁰⁾.

Diese Argumentation kann freilich nicht in vollem Umfang überzeugen. Sie läßt unbeachtet, daß dem § 723 BGB der Charakter einer Ausnahmenvorschrift nur zum Teil beigelegt werden kann, da er lediglich die Kündigung vor dem Ablauf der vertraglich vorgesehenen Zeitdauer von dem Vorliegen eines wichtigen Grundes abhängig macht. Die Voraussetzungen für die Auflösung der Gesellschaft sind deshalb auch nur in diesem — praktisch allerdings wichtigsten — Fall enger gezogen, als bei dem schon auf Grund einer einfachen Vertragsverletzung gewährten Rücktrittsrecht. Bei der auf unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft besteht diese Beschränkung dagegen nicht. Sie ist vielmehr nach § 723 Abs. 1 Satz 1 BGB von jedem Gesellschafter jederzeit frei kündbar. Hier ist deshalb das Verhältnis der betreffenden Vorschriften zueinander eher umgekehrt, da eine Vorschrift, die die Auflösung eines Vertragsverhältnisses ohne besondere Voraussetzungen zuläßt, nicht als Spezialnorm gegenüber einer Bestimmung gelten kann, die das Recht zur Auflösung von dem Vorhandensein bestimmter Gründe abhängig macht.

Die Ausschließung des Rücktrittsrechts kann somit im Wege der systematischen Auslegung nicht ausnahmslos begründet werden. Um die unerwünschte Anwendung der Rücktrittsvorschriften (§§ 346 ff. BGB) gänzlich auszuschalten, bleibt daher de lege lata nur die Möglichkeit, rechtspolitischen Erwägungen Raum zu geben. Ihre Beweiskraft ist zwar auch keineswegs zwingend, doch kommt ihnen in der Rechtsprechung und Rechtstheorie bereits seit längerer Zeit eine ständig wachsende Bedeutung zu.

Den Kern des Problems trifft dabei vor allem die Erwägung, daß ein Recht, das die rückwirkende Auflösung eines Dauerschuldverhältnisses zuläßt, verwirrend wirken muß und mit seiner Aufgabe, Ordnung zu schaffen, nicht vereinbar ist. Die Rückabwicklung einer in Vollzug gesetzten Gesellschaft führt nun in der Tat zu kaum lösbaren praktischen Schwierigkeiten, zu größter Rechtsunsicherheit und zu unbilligen Ergebnissen. Für die nichtige OHG hat Ruland dies im Anschluß an die bis dahin entwickelte Rechtsprechung ausführlich dargelegt¹⁵¹⁾. Dieselbe Problematik kehrt in abgewandelter Form auch bei der durch Rücktritt aufgelösten Gesellschaft wieder. Im Gegensatz zur nichtigen Gesellschaft ist bei ihr zwar ein echtes Gesamthandsvermögen gebildet worden, das durch die Ausübung des Rück-

150) So die ständige Rechtsprechung in RGZ Band 81 S. 304 ff. JW 1913 S. 486 f.; 89 S. 335 und 400; 145 S. 283; 165 S. 199 f.; RG in JW 1917 S. 361; 1926 S. 1529 und öfter. Vgl. auch RGZ-Komm.; § 705 Anm. 4 und von der älteren Lehre z. B. Planck-Lobe, Vorbem. IV 6 zu § 705; Leonhard, Besonderes Schuldrecht, S. 280; Certmann, JW 1926 S. 2529.

151) Das Innenverhältnis der nichtigen offenen Handelsgesellschaft, Diss. München, 1941, insbesondere S. 4 — 34 Vgl. auch Hueck, Die Mängel des Gesellschaftsvertrages bei der offenen Handelsgesellschaft, AcP Band 149 S. 1 ff.

trittsrechts auch nicht rückwirkend zerfällt¹⁵²⁾. Dieser aus den Beiträgen, dem durch die Geschäftsführung Erworbenen, sowie dem Frucht- und Surrogationserwerb zusammengesetzte und meist recht umfangreiche Vermögenskomplex läßt sich aber mit Hilfe der auf überschaubare Leistungsverhältnisse zugeschnittenen Rücktrittsvorschriften ebensowenig befriedigend auflösen, wie das „Vermögen“ einer nichtigen Gesellschaft durch bloße wechselseitige Vindikations- und Kondiktionsansprüche.

Die „Rückgewähr der empfangenen Leistungen“ ist zwar noch ziemlich einfach durchzuführen, solange die Einlagen noch in ihrer ursprünglichen Form im Gesellschaftsvermögen vorhanden sind. Sobald sie jedoch verarbeitet, zu einer Sache anderer Art umgestaltet oder im Rahmen der eigentlichen Geschäftstätigkeit veräußert worden sind, müßte das Gesamthandsverhältnis — falls die §§ 351 — 353 BGB den Rücktritt nicht überhaupt ausschließen — nach den Vorschriften, die für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer gelten oder nach den §§ 950, 946 ff., 951, 812 ff. BGB aufgelöst werden. Es leuchtet ein, daß dies praktisch kaum durchführbar ist. Zudem ist es auch theoretisch verfehlt, ein Haftungssystem, das dem Eigentümer Ansprüche gegen den unrechtmäßigen Besitzer gewährt (§§ 987 ff. BGB), auf ein Rechtsverhältnis zu übertragen, in dem jeder Beteiligte gesamthänderisch gebundener Eigentümer und — unmittelbarer oder mittelbarer — Besitzer zugleich ist, eine entsprechende Interessenlage also gar nicht vorhanden ist.

Ähnliches gilt für die Herausgabe der Nutzungen und den Ersatz der Verwendungen. Es tauchen auch hier zahlreiche Feststellungs- und Beweisschwierigkeiten auf, wobei hinzu kommt, daß der Geschäftsgewinn regelmäßig gar nicht als Frucht oder als Nutzung der einzelnen Einlage angesehen werden kann, sondern durchweg das Ergebnis der Geschäftstätigkeit unter Einsatz des gesamten Gesellschaftsvermögens ist. Ebensowenig läßt sich immer mit Sicherheit klären, welche Verwendungen auf die einzelnen Gegenstände gemacht worden sind, noch wer im Einzelfall der Anspruchsberechtigte ist, da die Aufwendungen in der Regel aus der Gesellschaftskasse bestritten werden.

Auch eine Vergütung für geleistete Dienste oder für die Benutzung der eingebrachten Sache, wie sie § 346 Satz 2 BGB vorsieht, ist bei der Auflösung der Gesellschaft fehl am Platze. Dienste und Nutzüberlassung sind von vornherein als nicht rückforderbare Leistungen erbracht worden. Ihre wertmäßige „Rückgewähr“ würde daher dem Gesellschafter etwas geben, was er ohne die Störung des Vertragsverhältnisses nicht fordern könnte. Abgesehen davon bleibt das Schicksal der ausstehenden Forderungen ungeklärt, wie auch die Frage der Schuldentilgung nicht zweckmäßig gelöst wird.

Aus diesen Gründen wird man den rechtspolitischen Bedenken gegen die Anwendungen der Rücktrittsvorschriften beipflichten müssen. Allerdings können die praktischen Schwierigkeiten ihre Ausschließung allein nicht rechtfertigen. Jedoch ist die mangelnde Praktikabilität auch in rechtstheoretischer Hinsicht

152) Der Rücktritt berührt nicht die Gültigkeit der Erfüllungsgeschäfte; er hat keine „dingliche“ Wirkung; Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 138 III 1. Bei der nichtigen oder angefochtenen Gesellschaft fehlt dagegen die Vertragsgrundlage, ohne die ein Gesamthandsvermögen nicht gebildet werden kann; vgl. Ruland, a. a. O. S. 4 ff.

nicht unbeachtlich, da die Rechtsordnung nicht eine Gesetzesanwendung billigen kann, deren Ergebnisse der Ordnungsfunktion des Rechts zuwiderlaufen. Es muß daher gestattet sein, die Auflösung der Gesellschaft im Wege der restriktiven Rechtsfindung nach denjenigen Vorschriften vorzunehmen, die das Gesetz eigens für diesen Vorgang aufgestellt hat ¹⁵³). Außerdem ist beim Rücktritt die Beschränkung der Rechtsfolgen auf die Abwicklung nach den §§ 730 ff. BGB umso unbedenklicher, als selbst die viel einschneidender wirkenden Vertragsmängel nach gesicherter Praxis und herrschender Lehre nur zur Auflösung für die Zukunft und der Liquidation nach Gesellschaftsgrundsätzen führen ¹⁵⁴).

Es ergibt sich somit folgende Rechtslage:

Ist die Gesellschaft auf bestimmte Dauer abgeschlossen oder ist das Kündigungsrecht bei einer frei kündbaren Gesellschaft eingeschränkt, so ist der Rücktritt vom Verträge kraft der Sondervorschrift des § 723 BGB ausgeschlossen. An seine Stelle tritt das Recht zur fristlosen Kündigung mit anschließender Liquidation nach den Vorschriften der §§ 730 ff. BGB. Voraussetzung ist jedoch, daß der Rechtsmangel nach Art und Umfang so wesentlich ist, daß er den Tatbestand des wichtigen Grundes erfüllt. Bei einem weniger erheblichen Mangel entfällt das Recht zur Aufhebung der Gesellschaft demnach überhaupt.

Ist die Gesellschaft dagegen auf unbestimmte Zeit eingegangen, so ist das Rücktrittsrecht systematisch weder ausgeschlossen noch sonst an einengende Voraussetzungen geknüpft. Es darf vielmehr unbeschränkt und unabhängig von der Schwere und Bedeutung des Rechtsmangels ausgeübt werden, da es einem Gesellschafter nicht verwehrt werden kann, sich von einem Verträge loszusagen, dessen Beendigung er auch ohne die Leistungsstörung jederzeit im Wege der ordentlichen Kündigung herbeiführen kann.

In seiner Wirkung ist dieses Rücktrittsrecht jedoch infolge einschränkender Gesetzesanwendung auf die Vertragsbeendigung ex nunc mit anschließender Abwicklung nach Gesellschaftsregeln begrenzt. In der Ausübung ist es zudem

153) Vgl. BGHZ Band 3 S. 291 = JZ 1952 S. 306. Zur Frage der Restriktion siehe Enneccerus-Nipperdey, a. a. O. § 59, wo als allgemeine Richtlinie der folgende Grundsatz aufgestellt ist: „Sofern eine Vorschrift Fälle umfaßt oder Folgen herbeiführt, die vom Gesetzgeber nicht erkannt oder bedacht sind und sonst vernünftigerweise nicht in dieser Weise geordnet sein würden, sind wir berechtigt, das Gesetz nach dessen eigenen Grundgedanken und unter Berücksichtigung der Bedürfnisse und Erfahrungen des Lebens fortzuentwickeln, wenn nicht das Erfordernis der Rechtssicherheit (das Stabilitätsinteresse) entscheidend dagegen spricht.“ — Die Ersetzung des Rücktrittsrechts bei in Vollzug gesetzten Dauerschuldverhältnissen durch die Kündigung wird daselbst ausdrücklich als ein Fall der Restriktion angeführt (vgl. Note 9 a. a. O.).

154) Eine allgemein anerkannte und befriedigende dogmatische Begründung fehlt allerdings auch hier noch. Einen guten Überblick über die Lösungsversuche gibt Erman, Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage, 1947. Erman sieht die Lösung — m. E. zutreffend — in der Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen durch restriktive Rechtsfindung; insbesondere S. 53 ff., ausdrücklich S. 16 und 59

nach dem Grundsatz der wechselseitigen Treubindung denselben Erschwerenissen unterworfen, wie dies nach § 723 Abs. 2 BGB beim Kündigungsrecht der Fall ist. Das bedeutet, daß das Rücktrittsrecht nicht zur Unzeit ausgeübt werden darf und daß auf die Wahrung der Gemeinschaftsbelange, soweit zumutbar, gebührend Rücksicht zu nehmen ist. Darüber hinaus noch zu fordern, daß es entsprechend dem § 356 BGB von den rücktrittsberechtigten Gesellschaftern nur gemeinsam geltend gemacht werden kann, erscheint hingegen wenig zweckmäßig, da diese Vorschrift mit derselben Wirkung durch die Ausübung des jedem einzelnen Gesellschafter ohnehin zustehenden Kündigungsrechts jederzeit umgangen werden kann.

Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Während die Problematik des Rücktritts im einschlägigen Schrifttum ausnahmslos besprochen und dabei im Ergebnis durchweg in dem oben dargelegten Sinne gelöst wird, bleibt die Frage nach der Behandlung des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung meist unerörtert. Fast alle Autoren begnügen sich damit, mehr oder minder ausführlich darzutun, daß das Rücktrittsrecht durch das dem Wesen der Gesellschaft angepaßte, nur für die Zukunft wirkende Kündigungsrecht aus § 723 BGB zu ersetzen sei, und leiten daraus häufig die etwas summarische Feststellung her, daß somit die §§ 325, 326 BGB auf die bereits in Vollzug gesetzte Gesellschaft nicht mehr angewendet werden könnten¹⁵⁵⁾. Ob damit zugleich auch gesagt sein soll, daß der neben dem Rücktrittsrecht zur Wahl gestellte Anspruch auf Schadensersatz in gleicher Weise ausgeschlossen wird, ist nicht immer eindeutig erkennbar.

Soweit ersichtlich, hat sich zu dieser Frage in letzter Zeit ausdrücklich nur Hueck geäußert. Er vertritt den Standpunkt, daß im Gesellschaftsrecht ein Schadensersatzanspruch nach den §§ 325, 326 BGB ebensowenig in Betracht komme, wie das Rücktrittsrecht, da der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zur Auflösung des ganzen Vertrages und damit, wie der Rücktritt, zu einer in dieser Form unzulässigen Aufhebung der Gesellschaft führe. Statt dessen will er den Gesellschafter, sofern er seine Leistungspflicht durch Verzug oder schuldhafte Herbeiführung der Unmöglichkeit verletzt hat, nach den §§ 276, 280, 286 GGB auf Ersatz des der Gesellschaft verursachten Schadens haften lassen¹⁵⁶⁾. Im praktischen Ergebnis, so meint er, entspreche das weitgehend dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach den §§ 325, 326 BGB.

Ob das allerdings auch im Fall der Rechtsmängelhaftung gelten soll, wird nicht ganz deutlich¹⁵⁷⁾. Offenbar hat aber Hueck diesen besonderen Anwendungsfall der §§ 325, 326 BGB dabei gar nicht im Auge gehabt. Es zeigt sich nämlich, daß die — im allgemeinen sicher zutreffende — Ansicht Huecks gerade in diesem Fall schon von den praktischen Konsequenzen her nicht unbedenklich ist. Denn da die §§ 276, 280, 286 BGB nur bei vor-

155) So beispielsweise Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 176 III 1 a; Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 27.

156) Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, S. 37 Note 16. Böhmer hat sich dieser Ansicht a. a. O. S. 88, 89, ohne nähere Begründung angeschlossen.

157) Vgl. Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, S. 129, wo im Zusammenhang mit der Rechtsmängelhaftung nur vom Ausschluß des Rücktrittsrechts die Rede ist.

liegendem Verschulden eingreifen, läßt sich aus ihnen ein Schadensersatzanspruch für den praktisch bedeutsamen Fall des unverschuldeten Rechtsmangels nicht begründen. Wenn aber neben dem Rücktritt auch der Schadensersatzanspruch aus den §§ 325, 326 BGB — auf die der § 440 BGB an sich gerade für den Fall des nicht verschuldeten Rechtsmangels verweist — ausgeschlossen sein soll, dann bleibt im Gesellschaftsrecht als einziger Rechtsbehelf der Rechtsmängelhaftung schließlich nur die sofortige Kündigung nach § 723 BGB übrig. Das bedeutet aber praktisch, daß bei der Mehrzahl der Gesellschaften die Nichterfüllung der Verschaffungspflicht ohne jede rechtliche Sanktion bleibt, wenn nicht die durch den Rechtsmangel verursachte Leistungsstörung so erheblich ist, daß sie einen wichtigen Grund zur Kündigung abgibt.

Daß ein solches Ergebnis nicht befriedigen kann, liegt auf der Hand. Es bestehen daneben aber auch erhebliche theoretische Bedenken, die die Richtigkeit der Ansicht Huecks zumindest in dieser Allgemeinheit zweifelhaft erscheinen lassen. Die Auffassung, daß die Verwirklichung des Schadensersatzanspruchs aus den §§ 325, 326 BGB zur Auflösung des ganzen Vertrages führen und deshalb als Rechtsbehelf im Gesellschaftsrecht ausscheiden müsse, beruht nämlich auf der stillschweigenden Voraussetzung, daß sich durch die Nichterfüllung der einen Leistung das ursprüngliche Austauschverhältnis unter Fortfall der Gegenleistung in ein reines Abrechnungsverhältnis verwandelt. Infolgedessen steht und fällt sie letzten Endes mit der unbedingten Anerkennung der sogenannten Differenztheorie des Reichsgerichts. Denn sie allein zwingt zu der Annahme einer „endgültigen Liquidierung“ des Vertrages¹⁵⁸⁾ und seiner Umwandlung in eine einseitige Forderung auf Erstattung der Wertdifferenz in Geld¹⁵⁹⁾.

Nun ist aber die Leistung der Wertdifferenz weder logisch noch systematisch der einzige Weg, die Äquivalenzstörung zu beseitigen und den Leistungsausgleich wiederherzustellen. Logisch deshalb nicht, weil dasselbe wirtschaftliche Ergebnis ebenso gut im Wege des Austausches von Leistungssurrogat und Gegenleistung herbeigeführt werden kann. Vor allem aber systematisch nicht, weil sich weder aus dem Gegenseitigkeitsprinzip noch — a minori ad maius — aus dem Grundgedanken des § 323 folgern läßt, daß der Gläubiger erst recht nicht bei einer vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit verpflichtet bleiben kann, seinerseits zu leisten, so daß sich sein Schadensersatzanspruch deshalb zwangsläufig auf den bloßen rechnerischen Mehrwert der Schuldnerleistung beschränken muß¹⁶⁰⁾. Wenn § 323 BGB den Gläubiger von der Gegenleistung freistellt, so nur zum Ausgleich dafür, daß auch der Schuldner nach § 275 BGB von seiner Verpflichtung zur Leistung frei geworden ist. Daraus kann jedoch nicht als allgemeine Regel der Grundsatz hergeleitet werden, daß der Ausfall der einen Leistung notwendig auch den Fortfall der Gegenleistung zur Folge haben müsse. Das Gegenteil beweist vielmehr der § 323 Abs. 2 BGB, der die Verpflichtung zur Gegenleistung aufrechterhält, sobald und soweit die Ersatzleistung nach § 281 BGB gefordert wird.

158) RGZ Band 61 S. 352.

159) So die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts; vgl. RGZ Band 50 S. 255; 91 S. 33f.; 102 S. 62; 127 S. 248; 141 S. 259; 149 S. 135 f.; 152 S. 112; JW 1936 S. 2132.

160) So beispielsweise RGR-Komm., § 325 Anm. 1 a.

Nicht wesentlich anders ist aber die rechtliche Situation im Falle der §§ 325, 326 BGB. Auch dort wird das ursprüngliche Leistungsverhältnis durch den Ausfall der einen Leistung zwar gestört, aber — da das Gegenseitigkeitsprinzip durch die an ihre Stelle tretende Verpflichtung zum Schadensersatz gewahrt bleibt — keineswegs aufgehoben. Daher erlöschen die im Vertrag begründeten ursprünglichen Leistungspflichten auch nicht ohne weiteres mit dem Verlangen nach Schadensersatz und es ist deshalb nur folgerichtig, wenn das Reichsgericht aus diesem Grunde einen Anspruch des Gläubigers auf Rückgabe der bereits erbrachten Gegenleistung abgelehnt hat ¹⁶¹⁾.

Damit ist aber, worauf Oertmann zu Recht hinweist, die Differenztheorie zumindest für diesen bedeutsamen Fall praktisch schon preisgegeben. Inhalt des Schadensersatzanspruchs ist hier nicht mehr die Wertdifferenz der in Geld veranschlagten Leistungen, sondern das Leistungsinteresse, wie es sich unter Belassung der eigenen Leistung nach den Grundsätzen der Austauschtheorie bemißt. Darüberhinaus wird von der im Schrifttum herrschenden Mittelmeinung auch dann im Sinne der Austauschtheorie entschieden, wenn der Gläubiger ein Interesse daran hat, unbeschadet der Leistungsstörung auf der Gegenseite seine eigene Leistung zu erbringen, insbesondere um den konkreten Gegenstand seiner Leistungspflicht loszuwerden ¹⁶²⁾. In einem solchen Fall kann dem Gläubiger nicht das Recht versagt werden, den Vertrag getreu der von ihm übernommenen Verpflichtung zu erfüllen, d. h. die von ihm geschuldete Gegenleistung anzubieten und vom Schuldner Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Leistung zu fordern.

Gilt demnach die Differenztheorie schon beim Synallagma nicht uneingeschränkt, so ist erst recht nicht einzusehen, weshalb sie sich im Gesellschaftsrecht unangefochten behaupten können soll und damit zur Grundlage einer Entscheidung über die Gewährung oder Versagung des Schadensersatzanspruches wird. Es liegt vielmehr nahe, das Gegenteil anzunehmen. Denn im Gegensatz zum synallagmatischen Schuldverhältnis ist die Gesellschaft von Natur aus auf Dauer und Fortbestand angelegt. Die Verwirklichung dieses Zieles wollen die Gesellschafter grundsätzlich auch im Falle einer Leistungsstörung nicht ohne weiteres in Frage gestellt sehen. Die Richtigkeit und Zweckmäßigkeit einer Theorie, die dies unmöglich macht, muß daher gerade im Gesellschaftsrecht von vorneherein auf stärkste Bedenken stoßen. Damit wird aber zugleich der theoretische Ausgangspunkt der Ansicht Huecks fragwürdig, so daß die auf der Differenzlehre beruhende

161) JW 1931 S. 1183. ff.; vgl. dort auch die Anmerkung von Oertmann. Im Gegensatz dazu steht die Regelung des § 323 Abs. 3 BGB, wo nämlich die „nicht geschuldete“ Gegenleistung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden kann.

162) Vgl. hierzu besonders Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 48 I 2 und § 53 IV, wo im übrigen überzeugend nachgewiesen wird, daß der Ausdruck „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ nichts darüber aussagt, ob nun die Wertdifferenz oder aber das Leistungsinteresse gefordert werden kann. Gegenteiler Ansicht RGR-Komm. § 325 Anm. 1 a, wo die Gesetzesfassung jedoch willkürlich dahin ergänzt wird, daß der Anspruch auf Schadensersatz aus der Nichterfüllung des „Vertrages“, und nicht der „Leistung“ erwächst. Weshalb diese Auslegung sprachlich geboten sein soll, wird allerdings nicht erläutert.

Folgerung, der Schadensersatzanspruch aus den §§ 325, 326 BGB müsse notwendig zur Auflösung der Gesellschaft führen und somit als Rechtsbehelf entfallen, nicht mehr haltbar erscheint.

Zu der theoretisch richtigen und interessengerechten Lösung führt hier allein die Austauschtheorie. Sie läßt es den Gesellschaftern unbenommen, den Schadensersatzanspruch in der Weise geltend zu machen, daß sie, ohne den Gesellschaftsbestand anzutasten, die vereinbarten Beiträge leisten und von dem säumigen Gesellschafter an Stelle der rechtlich mangelhaften Leistung den entsprechenden Schadensbetrag zum Gesellschaftsvermögen einziehen. Haben zudem einige Gesellschafter ihre Beiträge schon erbracht, so scheidet die Durchführung der Differenztheorie ohnehin aus, da das Verlangen nach Schadensersatz ihnen keinen Anspruch auf Rückgewähr ihrer Einlagen gibt, eine Abrechnung im Sinne der Differenzlehre also gar nicht möglich ist.

Der Anspruch auf Schadensersatz unterliegt somit in seiner Durchführbarkeit keinerlei Einschränkungen. Lediglich die Art und Weise seiner Verwirklichung wird durch die eigentümliche Interessenlage des Gesellschaftsverhältnisses entsprechend den Grundsätzen der Austauschtheorie festgelegt. Für die Schadensberechnung selbst gilt im übrigen nichts Besonderes. Es finden die allgemeinen Regeln Anwendung. Zu beachten bleibt jedoch, daß durch die mangelhafte Erfüllung nicht nur die Gesellschaft als solche, sondern unter Umständen auch ein Mitgesellschafter, der die mangelfreie Erfüllung zur Grundlage privater Dispositionen gemacht hat, geschädigt worden sein kann. Auch für diesen persönlichen Schaden hat der säumige Gesellschafter aus demselben Rechtsgrunde Ersatz zu leisten. Doch sind die beiden Ersatzansprüche der Anspruchsberechtigung nach streng getrennt zu halten. Die eine Ersatzleistung ist an die Gesellschaftskasse zu erfüllen, während die andere in das Privatvermögen des geschädigten Gesellschafters fließt.

Die Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs obliegt grundsätzlich der Gesellschaft, in der Regel also den Geschäftsführern. Doch steht die Verfolgung des Anspruchs auch dem einzelnen Gesellschafter zu, wenn er bereits den Anspruch auf den betreffenden Beitrag ebenfalls mit der Einzelklage hätte geltend machen können (vgl. S. 44 ff.). Daß die Ersatzforderung auch in diesem Fall an die Gesamtheit der Gesellschafter zu erfüllen ist, ergibt sich aus der Natur des Anspruchs.

Wiegt der Rechtsmangel im übrigen so schwer, daß die Erfordernisse des § 723 BGB erfüllt sind, steht es außerdem jedem Gesellschafter frei, von seinem Kündigungsrecht Gebrauch zu machen, auch wenn sich die anderen Gesellschafter für die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs entschieden haben. Hat allerdings die Gesellschaft die Ersatzleistung bereits angenommen, wird das Kündigungsrecht häufig erlöschen, da mit der Wiedergutmachung des Schadens auch der Kündigungsgrund regelmäßig entfällt. Umgekehrt schließt die wirksame Kündigung aber auch die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs aus. Insofern konkurrieren also Kündigung und Ersatzanspruch in derselben Weise, wie die Rechtsbehelfe der §§ 325, 326 BGB. Beide Rechte werden vom Gesetz nur wahlweise gewährt und mit der Erfüllung des einen oder der Unwiderruflichkeit des anderen ist die Wahl für und wider alle Gesellschafter bindend getroffen.

Das bedeutet allerdings nicht, daß neben der Kündigung schlechthin jede Forderung auf Schadensersatz ausgeschlossen bleibt. Eine Ausnahme besteht vielmehr dann, wenn die Kündigung durch einen (nach dem Verschuldens-

maß des § 708 BGB) verschuldeten Rechtsmangel herbeigeführt worden ist. In diesem Fall gewähren nämlich Rechtsprechung und Lehre zugleich einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den vertragswidrig handelnden Gesellschafter¹⁶³⁾. Dieser Ersatzanspruch entspringt jedoch nicht mehr der vom Verschulden unabhängigen Rechtsmängelhaftung, sondern er hat seinen Rechtsgrund in allgemeinen Grundsätzen der Verschuldenshaftung (positive Forderungsverletzung, § 276 BGB). Er wird auch nicht unmittelbar durch den Rechtsmangel ausgelöst, vielmehr ist er erst die Folge der durch das vertragswidrige Verhalten veranlaßten Kündigung. Zudem handelt es sich hierbei nicht mehr um einen Anspruch der Gesellschaft, sondern um einen solchen der einzelnen Gesellschafter zum Ausgleich desjenigen Schadens, der ihnen infolge der durch die Kündigung herbeigeführten vorzeitigen Beendigung der Gesellschaft entstanden ist.

Der Schadensersatzanspruch bei der Einbringung beweglicher Sachen;
§ 440 Abs. 2 — 4 BGB.

Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung wird in § 440 Abs. 2 — 4 BGB freilich einer sehr bedeutsamen Einschränkung unterworfen. Betrifft der Rechtsmangel nämlich eine bewegliche Sache, so kann Schadensersatz nur im Falle der Herausgabe an den Berechtigten oder der Rückgabe an den Verkäufer, ferner beim Untergang der Sache, bei der Beerbung des Käufers durch den Dritten und umgekehrt oder bei der Abfindung des Dritten gefordert werden. Insoweit verfährt das Gesetz also nach dem klassischen Eviktionsprinzip. Es wirkt damit der Unbilligkeit entgegen, die darin liegen würde, daß der Käufer wegen des Rechtsmangels Schadensersatz verlangen, gleichzeitig aber im ungestörten Genuß der Sache bleiben kann. Das gleiche gilt nach § 441 BGB auch, wenn ein Recht an einer beweglichen Sache verkauft ist, das zum Besitze der Sache berechtigt.

Gegen die analoge Anwendung dieser Grundsätze auf die Einbringung einer beweglichen Sache oder eines entsprechenden Rechts bestehen keine Bedenken¹⁶⁴⁾. Die Zweckbestimmung der Einlage und der besondere Interessengehalt des Einlagegeschäfts widerstreiten dem nicht. Solange die Einlage der Gesellschaft unangefochten zur Verfügung steht und somit die verbende Kraft des Gesellschaftsvermögens verstärkt, ist der mit dem Rechtsmangel verknüpfte Schaden rein hypothetisch und ein Schadensersatzanspruch daher nicht zu begründen. Im übrigen können die Gesellschafter diesen unsicheren Zustand auch jederzeit beenden, indem sie die Einlage an den einbringenden Gesellschafter zurückgeben. Damit wird der Weg für den Schadensersatzanspruch frei, ohne daß sich die Gesellschaft zuvor mit dem Dritten wegen seines Rechts an der Sache auseinanderzusetzen braucht. Ferner wird das Kündigungsrecht der Gesellschafter durch diese Regelung in keiner Weise berührt, so daß sie auch in dieser Hinsicht ihre Rechte ausreichend wahren können.

iii) Die Rechte aus den §§ 323 und 324 BGB.

Statt des Rücktrittsrechts oder des Ersatzanspruchs wegen Nichterfüllung kann der Gläubiger nach § 325 Abs. 1 Satz 3 BGB aber auch die für den

163) RGZ Band 89 S. 400; 123 S. 26; 162 S. 395; RG in LZ 1917 Sp. 458.
Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 180 I 1 b.

164) Ebenso Böhmer, a. a. O. S. 92.

Fall des § 323 BGB bestimmten Rechte geltend machen. Diesen Vorschriften kommt jedoch im Rahmen der Rechtsmängelhaftung des Gesellschafters nur geringe Bedeutung zu.

Das sogenannte „Abstehen vom Vertrag“ (Siber), d. h. das durch rechts-gestaltende Erklärung herbeigeführte Erlöschen der gegenseitigen Ansprüche ohne die rückwirkende Kraft des Rücktritts, kann allenfalls im Gründungs-stadium der Gesellschaft praktisch werden. Bevor mit der Ausführung des Gesellschaftsvertrages begonnen worden ist, ist ein derartiges Vorgehen noch völlig unproblematisch. Ist dagegen die Gesellschaft bereits in Vollzug ge-setzt, muß das Abstehen vom Vertrage zwangsläufig zu untragbaren Er-gebnissen führen. Das Freiwerden sämtlicher Gesellschafter würde praktisch die Beendigung der Gesellschaft bedeuten, während andererseits das Schicksal der bereits erbrachten Beiträge gänzlich im Ungewissen bliebe. Selbst wenn man, was wegen der fehlenden Rückwirkung des Abstand-nemens kaum vertretbar ist, entsprechend dem § 323 Abs. 3 BGB Rück-forderungsansprüche nach den Vorschriften über die Herausgabe einer un-gerechtfertigten Bereicherung für zulässig halten sollte, würde es immer noch an einer angemessenen Regelung der Auseinandersetzung über das inzwischen begründete Gesellschaftsvermögen fehlen. Das Abstehen vom Vertrag muß daher bei der schon ins Leben getretenen Gesellschaft aus denselben Gründen ausgeschlossen werden wie der Rücktritt vom Vertrag.

Demgegenüber bestehen grundsätzlich keine Bedenken, den Rechtsbehelf des § 323 Abs. 2 BGB zuzulassen. Die Gesellschafter werden sich aller-dings für den Ersatzanspruch aus § 281 BGB in der Regel nur dann ent-scheiden, wenn das stellvertretende Kommodum den gesamten Schaden deckt und der Schadensersatzanspruch aus § 325 BGB nicht oder doch nur sehr schwer zu realisieren ist. Bedenklicher sind jedoch die Fälle, in denen der Wert des Ersatzanspruchs aus § 281 BGB hinter dem Wert der ur-sprünglich geschuldeten Leistung oder dem vollen Schadensersatz zurück-bleibt. § 323 BGB schreibt für diesen Fall zwar eine verhältnismäßige Minderung der Gegenleistung nach Maßgabe der §§ 472, 473 BGB vor, doch sind bereits auf S. 35 ff. die theoretischen Schwierigkeiten angeführt. worden, die sich für die Durchführung der Minderung im Gesellschafts-recht aus dem Fehlen einer echten Gegenleistung ergeben. Den praktischen Auswirkungen dieser Schwierigkeiten soll an dieser Stelle jedoch nicht weiter nachgegangen werden. Dasselbe Problem kehrt in verstärktem Maße bei der Sachmängelhaftung wieder und ist dort ausführlicher zu behandeln. Es sei hier nur darauf hingewiesen, daß in diesen Fällen an die Stelle der Minderung der Gegenleistung die Zahlung eines entsprechenden Auf-geldes tritt.

Im übrigen wird es relativ selten vorkommen, daß der Gesellschafter im Zusammenhang mit seinem Unvermögen zur Rechtsverschaffung einen Ersatz oder Ersatzanspruch im Sinne des § 281 BGB erlangt. Zu denken ist aber immerhin an die Möglichkeit einer vorausgegangenen Beschlag-nahme oder Enteignung des Leistungsgegenstandes oder an den Fall, daß ein Dritter, (Mieter, unmittelbarer Besitzer) ohne Wissen des Gesellschafters vor dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages bereits wirksam über den Gegenstand der Beitragsverpflichtung verfügt hatte und sich dadurch ersatzpflichtig gemacht hat.

Damit erschöpft sich aber auch die Bedeutung des § 323 BGB für die Rechtsmängelhaftung des Gesellschafters. In ihrer eigentlichen Funktion, nämlich der ohne weiteres eintretenden Befreiung des Partners von der

Gegenleistung, kommt diese Vorschrift hier überhaupt nicht zur Geltung. Denn da das Unvermögen zur Rechtsverschaffung stets und ohne Rücksicht auf ein etwaiges Verschulden zu vertreten ist, taucht die Frage nach dem rechtlichen Schicksal der Gegenleistung im Sinne des § 323 BGB gar nicht auf. Seine Anwendung kommt nur in Betracht, wenn der Rechtsmangel erst nach dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages entsteht. Sodann handelt es sich aber nicht mehr um eine Frage der eigentlichen Rechtsmangelhaftung, sondern um das gewöhnliche Problem der verschuldeten oder nicht verschuldeten nachträglichen Unmöglichkeit ¹⁶⁵⁾.

Im Gegensatz dazu kommt der § 324 BGB im Rahmen der Rechtsmangelhaftung wieder voll zum Zuge. Freilich wird der Fall, daß der anfängliche Rechtsmangel von einem Mitgesellschafter verschuldet worden ist, nicht gerade häufig sein. Er ist aber immerhin denkbar und vor allem theoretisch möglich.

Vergegenwärtigt man sich die Funktionsweise des § 324 BGB, so kann von seiner direkten Anwendung auf die Gesellschaft allerdings keine Rede sein. Schon bei der zweigliedrigen Gesellschaft ergeben sich in dieser Hinsicht Bedenken. Bereits Knoke hat darauf aufmerksam gemacht, daß dem geschädigten Gesellschafter damit, daß er — unter Wahrung seines Gewinnanspruchs — von seiner Beitragsverpflichtung frei wird, während der schuldige Gesellschafter lediglich den ohnehin geschuldeten Beitrag zu leisten hat, nicht gedient ist ¹⁶⁶⁾. Abgesehen davon, daß er fortan nur an einem um den Wert seines Beitrags verringerten Gesellschaftsvermögens beteiligt ist und bei regelmäßiger Entwicklung demgemäß auch der zu erwartende Gewinnanteil niedriger sein wird, zeigt sich die ganze Unbilligkeit dieser Regelung bei der späteren Auflösung der Gesellschaft; während nämlich der schuldige Gesellschafter seine Einlage bei der Liquidation ungeschmälert erstattet bekommt, geht der unschuldige Gesellschafter, da er nichts eingebracht hat, leer aus, ohne bei dieser Regelung in irgendeiner Weise für seinen Verlust entschädigt zu werden.

Der eigentliche Grund für dieses unbefriedigende Ergebnis liegt darin, daß der § 324 BGB letztlich nichts anderes darstellt, als eine besonders einfache und wirksame Form des Schadensausgleichs, der aber in dieser Weise eben nur im echten Austauschverhältnis vollzogen werden kann. Denn nur beim Austausch gegenseitiger Leistungen, die untereinander im Verhältnis der Äquivalenz stehen, kann der mit dem Ausfall der einen Leistung entstandene Schaden durch die bloße Verschaffung der Gegenleistung ausgeglichen werden. Geht dagegen, wie bei der Gesellschaft, die Leistung des schuldigen Vertragspartners, die im übrigen mit der ausgefallenen Leistung nicht einmal wertgleich zu sein braucht, nicht in das Privatvermögen des geschädigten Partners, sondern in das gemeinschaftliche Vermögen beider über, dann bleibt die Aufgabe des Schadensausgleichs durch § 324 BGB unerfüllt. Vollends bei der mehrgliedrigen Gesellschaft, bei der es ohnehin nicht mehr um den wirtschaftlichen Ausgleich zwischen dem schuldigen und dem geschädigten Gesellschafter, sondern um den ungestörten Aufbau des gemeinschaftlichen Vermögens

165) Diese Frage gehört daher in das Gebiet der allgemeinen Leistungsstörungen. Über den gegenwärtigen Stand der Lösungsversuche vgl. etwa Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, S. 39.

166) Das Recht der Gesellschaft, S. 48.

geht, wird es deutlich, daß die rein mechanische Anwendung des § 324 BGB auf das Gesellschaftsverhältnis schließlich zum ersatzlosen Ausfall der Beitragsleistung führt.

Die Lösung des Problems hat Knoke ebenfalls bereits aufgezeigt. Mit Recht läßt er den schuldigen Gesellschafter nicht nur seinen eigenen Beitrag einbringen, sondern hält ihn darüber hinaus auch für verpflichtet, Ersatz für den durch sein Verschulden ausgefallenen Beitrag in die Gesellschaftskasse zu leisten ¹⁶⁷⁾. Darin liegt keinerlei Unbilligkeit für den schuldigen Gesellschafter, da er ja seinen Beitrag, sofern es sich um eine echte Kapitalanlage handelt, bei der Auflösung der Gesellschaft zurückerhält, während er mit seiner Ersatzleistung im Grunde genommen nur den Ausgleich im Sinne des § 324 BGB herbeiführt.

Allerdings ergibt sich die Ersatzpflicht nicht allein aus § 324 BGB. Insoweit ist Planck zuzustimmen, der den Ersatzanspruch nur dann zulassen will, wenn der befreite Gesellschafter aus einem anderen Rechtsgrunde Ersatz von dem schuldigen Gesellschafter fordern kann ¹⁶⁸⁾. Doch ist hinzu-zufügen, daß dieser Anspruch bei einem Sachverhalt, wie er der Regelung des § 324 BGB zugrundeliegt, ausnahmslos gegeben sein wird, sei es nun aus positiver Forderungsverletzung, aus culpa in contrahendo oder aus unerlaubter Handlung. Außerdem darf nicht übersehen werden, daß auch die Regelung des § 324 BGB letzten Endes nur unter der Voraussetzung einer unbedingten Ersatzpflicht des schuldigen Partners eine angemessene und gerechte Lösung verwirklicht. Denn wie anders, als mit einer in der Regelung des § 324 BGB implizierten Schadensersatzpflicht kann es gerechtfertigt und erklärt werden, daß der mit der Unmöglichkeit oder dem Unvermögen zur Leistung eingetretene Schaden durch § 324 BGB im Ergebnis dem schuldigen Teil aufgebürdet wird ¹⁶⁹⁾.

Den Ersatzanspruch hat der schuldige Gesellschafter durch Leistung in das Gesellschaftsvermögen zu erfüllen ¹⁷⁰⁾. Unmittelbar anspruchsberechtigt ist zwar zunächst nur der von der Beitragsleistung befreite Gesellschafter, der trotz seiner augenblicklichen Befreiung durch den Liquidationsstadium endgültig zutage tretenden Verlust der eigentlich Geschädigte bleibt. Jedoch können die übrigen Gesellschafter von ihm in direkter Anwendung des § 281 BGB die Einbringung seines Ersatzanspruchs verlangen. Diesen Ersatzanspruch wird die Gesellschaft gegen den schuldigen Gesellschafter bei verständiger Auslegung des Gesellschaftsvertrages sogar geltend machen können, ohne daß es zuvor der förmlichen Abtretung durch den geschädigten Gesellschafter bedarf.

Daneben kann aber die Gesellschaft den Ersatzanspruch von vorneherein auch aus eigenem Recht geltend machen. Denn dadurch, daß der ersatzpflichtige Gesellschafter die Beitragsleistung eines Mitgesellschafters

167) A. a. O. S. 48 f.

168) Planck-Lobe, Vorbemerkung IV 3 a zu § 705.

169) Knoke weist a. a. O. S. 49 mit Recht darauf hin, daß der schuldige Teil an sich auch bei den Austauschverträgen neben seiner Leistung Schadensersatz zu leisten hätte, er diesen Ersatz aber wieder an Stelle des ihm gebührenden, aber untergegangenen Leistungsgegenstandes zurückverlangen könnte, so daß im Ergebnis nur die Pflicht zur Bewirkung der eigenen Leistung übrig bleibe.

170) Herrschende Meinung; vgl. Hueck, a. a. O. S. 40; Schumann, a. a. O. S. 277.

schuldhaft vereitelt, hat er zugleich seine Pflicht (Treupflicht, Förderungspflicht) gegenüber der Gesellschaft verletzt. Er ist ihr daher aus dem Gesichtspunkt der positiven Forderungsverletzung zum Schadensersatz verpflichtet. Doch ist bei diesem Anspruch zu beachten, daß er mit demjenigen aus § 281 BGB konkurriert und zudem in seinen Voraussetzungen der Haftungsminde rung des § 708 BGB unterliegt.

Bei der Einbringung beweglicher Sachen wird man außerdem wegen der gleichen Sach- und Interessenlage den § 440 Abs. 2 — 4 BGB analog anwenden müssen. Solange die Einlage der Gesellschaft ungestört zur Verfügung steht, wird der schuldige Gesellschafter demnach nicht auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden können. Groben Unbilligkeiten kann wiederum in allen Fällen mit der Kündigung begegnet werden, die unter den Voraussetzungen des § 723 BGB als selbständiger Rechtsbehelf unberührt bleibt

cc) Ausschluß der Haftung. Verzicht auf die Mängelrechte.

Nach § 439 BGB hat der Verkäufer einen Mangel im Recht nicht zu vertreten, wenn der Käufer den Mangel beim Abschluß des Kaufvertrages gekannt hat. Diese Vorschrift beruht auf der Annahme, daß der Käufer — sofern er nicht Gegenteiliges erklärt — die aus dem Rechte des Dritten drohende Gefahr übernehmen will ¹⁷¹⁾.

Die gleichen Erwägungen treffen grundsätzlich auch auf das Einlagegeschäft zu. Der Gesellschafter, der bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages von dem Rechtsmangel weiß, kann nicht mit einer mangelfreien Erfüllung rechnen; er verdient daher insoweit den Schutz des Gesetzes nicht. Daß die Rechtsmangelhaftung in einem solchen Fall entfällt, ist demnach für die zweigliedrige Gesellschaft ebenso wenig zweifelhaft, wie für eine mehrgliedrige Gesellschaft, bei der die Beschränkung oder der Mangel des Rechts sämtlichen Gesellschaftern bekannt ist.

Zweifel tauchen jedoch auf, sobald bei einer mehrgliedrigen Gesellschaft nur einzelne Mitgesellschafter von der Mangelhaftigkeit der Einlage unterrichtet gewesen sind. Hier erhebt sich die Frage, ob damit die Haftung insgesamt, d. h. gegenüber allen Gesellschaftern, entfällt, oder ob sie — umgekehrt — voll erhalten bleibt.

Sicher ist, daß die Antwort nur in dieser Alternative gefunden werden kann. Die Möglichkeit einer geteilten Haftung muß von vornherein ausgeschieden werden. Die Mängelrechte gehören ebenso, wie die Beitragsforderungen, zum Gesellschaftsvermögen ¹⁷²⁾. Sie stehen somit in gesamthänderischer Zuständigkeit u. können entweder nur ungeteilt oder überhaupt nicht entstanden sein. Eine Teilung der Haftung in der Weise, daß sie dem einen Teil der Gesellschafter gegenüber besteht, gegenüber dem anderen dagegen nicht, ist deshalb nicht möglich.

Wesentlich für die Entscheidung ist, ob die in Unkenntnis des Rechts mangels kontrahierenden Gesellschafter die Kenntnis ihrer Mitgesellschafter

171) Vgl. Motive II S. 215.

172) Daß bereits die Beitragsforderungen zum Gesellschaftsvermögen gehören, ist seit langem herrschende Meinung. Vgl. RGZ Band 76 S. 278; 100 S. 166; 111 S. 83; Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 179 I 1; Würdinger, a. a. O. S. 48; Hueck, a. a. O. S. 140 f.; Staudinger-Geiler, § 705 Anm. 41.

gegen sich gelten lassen müssen. Diese Frage muß verneint werden. Der Grundsatz, daß sich jemand das Wissen und die Kenntnis eines anderen zurechnen lassen muß, existiert lediglich im Recht der Stellvertretung. Dem Gesellschaftsrecht ist eine allgemeine Regel dieses Inhalts unbekannt. Sie ergibt sich auch nicht aus dem Wesen des gesellschaftlichen Zusammenschlusses. Wenn aus § 28 Abs. 2 BGB und § 125 Abs. 2 Satz 3 HGB der Satz hergeleitet wird, daß neben der entsprechenden Wirkung der Willenserklärungen auch die Kenntnis eines von mehreren Gesamtvertretern als Kenntnis aller gilt¹⁷³⁾, so trifft das einen Sonderfall, der nicht weiter verallgemeinert werden kann. Diese Vorschriften dienen ausschließlich dem Schutz und dem Interesse Außenstehender. Ihr Zweck liegt allein darin, die Schwerfälligkeit der Gesamtvertretung im Rechtsverkehr mit Dritten zu beheben. Eine ausdehnende Anwendung dieses Grundsatzes auf das Verhältnis zwischen den Gesellschaftern untereinander ist daher wegen der ganz anders gearteten Sach- und Interessenlage nicht möglich.

Ebensowenig kann aus der Mitteilungs- und Offenbarungspflicht des Gesellschafters gefolgert werden, daß die Kenntnis eines Gesellschafters als die Kenntnis aller zu gelten hat, wenn dieser sein Wissen den übrigen Gesellschaftern nicht mitteilt oder keine Einwendungen erhebt¹⁷⁴⁾. Zumindest für das Innenverhältnis kann diese Schlußfolgerung nicht gezogen werden. Die Verletzung der Mitteilungspflicht kann allenfalls den treuwidrig handelnden Gesellschafter zum Schadensersatz gegenüber seinen Mitgesellschaftern verpflichten. Es ist jedoch nicht ersichtlich, nach welchem Retsgrundsatz die Folgen einer Pflichtwidrigkeit gerade von denjenigen getragen werden sollen, denen gegenüber die Pflichtverletzung begangen worden ist. Statt in einem solchen Fall allen Gesellschaftern die Mängelrechte zu versagen, wäre es eher gerechtfertigt, den seine Kenntnis verschweigenden Gesellschafter neben dem mangelhaft leistenden haften zu lassen. Jedenfalls ist es nicht zulässig, das Wissen einzelner dem Wissen aller gleichzusetzen. Durch die Kenntnis eines oder mehrerer Gesellschafter wird demnach die Entstehung der Mängelrechte nicht verhindert. Anderer Ansicht ist Böhmer¹⁷⁵⁾, der die Kenntnis eines Gesellschafters allen zu-rechnet und ihnen demgemäß die Mängelrechte insgesamt versagt. Es ist zuzugeben, daß die eine wie die andere Lösung für die jeweils Betroffenen gleich unbillig sein kann, doch scheint der Schutz der Unwissenden eher den allgemeinen Grundsätzen der Rechtsordnung zu entsprechen.

Für den Verzicht auf die Gewährleistungsansprüche ist in jedem Fall die Einigung aller Gesellschafter erforderlich. Sofern er im Gründungsvertrage oder bei einer späteren Einbringungsabrede ausgesprochen wird, ergibt sich das schon aus dem Wesen des Vertragsschlusses (§§ 154, 155 BGB). Für einen nachträglichen Erlaß oder eine erlaßweise Beschränkung bereits entstandener Mängelrechte folgt das aus der Verfügungsnatur dieser Rechtsgeschäfte.

173) Das ist ebenso anzunehmen für Arglist, Gut- und Bösgläubigkeit, Verstoß gegen Treu und Glauben usw.; vgl. RGZ Band 78 S. 354; 81 S. 436; 110 S. 146; RG in JW 1935 S. 2044. Ebenso Westermann, Sachenrecht, S. 228.

174) So Böhmer a. a. O. S. 77.

175) a. a. O. S. 77.

Hat der einbringende Gesellschafter den Mangel beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages arglistig verschwiegen, so ist die Vereinbarung in entsprechender Anwendung des § 443 BGB nichtig. Da die Wirksamkeit des Verzichts unteilbar ist, genügt für den Eintritt der Nichtigkeitsfolge bereits das arglistige Verschweigen gegenüber einem Mitgesellschafter. Dem einbringenden Gesellschafter ist damit auch gegenüber den anderen Gesellschaftern jede Einwendung aus dem Verzicht abgeschnitten ¹⁷⁶⁾.

b) Die Haftung für Sachmängel.

Kernstück der Mängelhaftung ist die Gewährleistung für Sachmängel. Wie weit sie im Gesellschaftsrecht allerdings praktisch eine Rolle spielt, läßt sich schwer übersehen. Es fällt jedenfalls auf, daß Entscheidungen zu dieser Frage kaum veröffentlicht worden sind. Die maßgeblichen Probleme können daher nur von rechtstheoretischer Grundlage aus behandelt werden.

aa) Der Haftungsstatbestand.

Hinsichtlich der Voraussetzungen der Haftung gilt für die Gesellschaft dasselbe, was § 459 BGB für den Kauf und § 493 BGB allgemein für jede entgeltliche Veräußerung bestimmen. Der Gesellschafter hat demnach dafür Gewähr zu leisten, daß die eingebrachte Sache nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Verträge vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Ebenso haftet er dafür, daß die Sacheinlage die zugesicherte Eigenschaft besitzt, wobei mit der Rechtsprechung auch die Zusicherung der Abwesenheit eines Fehlers als die Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft anzusehen ist ¹⁷⁷⁾.

Für den Fehlerbegriff gilt ebenfalls nichts Besonderes. Es kann hierzu auf die reichhaltige Literatur und Rechtsprechung zu § 459 BGB verwiesen werden, insbesondere darauf, daß sich der Fehlerbegriff nicht allein auf die körperlichen Eigenschaften der Sache, sondern auch auf solche tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse bezieht, die nach der Verkehrsauffassung infolge ihrer Beschaffenheit und vermutlichen Dauer die Wertschätzung der Sache beeinflussen ¹⁷⁸⁾. Für die Bestimmung des Werts oder der Tauglichkeit der Einlage wird regelmäßig die Eignung für den durch den Gesellschaftszweck festgelegten Gebrauch maßgebend sein. Dieser kann zwar durchaus dem gewöhnlichen Gebrauch entsprechen, doch muß der Beitrag zumindest die Beschaffenheit aufweisen, die ihn zur Förderung des jeweiligen Gesellschaftszwecks geeignet macht.

Gehaftet wird nach § 459 BGB für die beim Übergang der Gefahr vorhandenen Fehler. In entsprechender Anwendung des § 446 BGB bedeutet das, daß die Fehlerfreiheit zur Zeit der tatsächlichen Einbringung des Beitrags bestehen muß. Derselbe Zeitpunkt ist im Zweifel auch bei der Versendung des Beitrags an den Sitz der Gesellschaft entscheidend. Aus der Rechtsnatur der Einbringung muß nämlich gefolgert werden, daß der Erfüllungsort nach der Absicht der Vertragspartner regelmäßig mit dem Ort

176) Vgl. auch OLG Braunschweig in OLG-Rspr. Band 13 S. 412 (für die Wandlung).

177) RGZ Band 101 S. 69.

178) RGZ Band 138 S. 356; 161 S. 194.

der Einbringung zusammenfällt, so daß eine analoge Anwendung des § 447 BGB aus diesem Grunde ausscheidet ¹⁷⁹⁾).

bb) Die Rechtsbehelfe des § 462 BGB.

Als regelmäßige Gewährleistungsansprüche stellt § 462 BGB das Recht auf Wandlung und das Recht auf Minderung zur Verfügung. Beide Rechte unterliegen in ihrer Anwendung auf die Gesellschaft starken Abwandlungen. Im einzelnen ergibt sich folgendes Bild.

i) Der Anspruch auf Wandlung.

Unter Wandlung versteht das Gesetz nach der Begriffsbestimmung des § 462 BGB die Rückgängigmachung des Vertrages. Das bedeutet also im wesentlichen das Erlöschen der bisherigen wechselseitigen Verpflichtungen und eine Verpflichtung zur Rückgewähr der empfangenen Leistungen. Im einzelnen soll dies mit einigen Abweichungen nach den Regeln des vertragsmäßigen Rücktrittsrechts geschehen (§ 467 BGB).

Für die Gesellschaft ist eine Wandlung in diesem Sinne jedoch nicht durchführbar. Die Schwierigkeiten, die sich aus der Anwendung der Rücktrittsvorschriften auf die Gesellschaft ergeben, sind bereits oben dargestellt worden (S. 51 ff.). Sie treten bei der Durchführung der Wandlung in der gleichen Weise und in demselben Umfang in Erscheinung.

Dabei ist es unerheblich, ob man die Wandlung bloss als eine Art des Rücktritts ansieht ¹⁸⁰⁾, oder als ein Recht eigener Art, auf das lediglich die Bestimmungen über den Rücktritt entsprechend anzuwenden sind. Ebenso kann in diesem Zusammenhang der Streit über die Wirkungen der Wandlung außer Betracht bleiben; denn ob die vollzogene Wandlung in Übereinstimmung mit der für den Rücktritt herrschenden Meinung das Vertragsverhältnis mit rückwirkender Kraft auflöst ¹⁸¹⁾ oder ob sie die aus dem fortbestehenden Schuldverhältnis entspringenden Ansprüche nur inhaltlich umgestaltet ¹⁸²⁾, spielt keine entscheidende Rolle. Die theoretische Bedeutung dieser Streitfragen liegt auf einem anderen Gebiet; sie sind hier ohne Interesse. Im Ergebnis führt die Anwendung der Vorschriften über die Wandlung und den Rücktritt in beiden Fällen zu einer in dieser Weise nicht durchführbaren Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses.

Das gilt auch dann, wenn die Auffassung zugrunde gelegt wird, daß die Wandlung nicht den Vertrag selbst, sondern nur die aus dem Vertrag fließenden Leistungspflichten aufhebt ¹⁸³⁾. Die Beseitigung der Vertragsfolgen würde — wie sie auch immer theoretisch begründet sein mag — in jedem Fall die Auflösung der Gesellschaft bedeuten und, solange das

179) Streitig; wie hier Staudinger-Geiler, § 706 Anm. 13; Siber, a. a. O. S. 405; Würdinger, a. a. O. S. 79; Esser, a. a. O. S. 409; a. A. Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 177 II 1 b; Palandt-Gramm, § 706 Anm. 2; v. Mittelnd Hueck, a. a. O. S. 130.

180) So z. B. Kohler, a. a. O. S. 328.

181) Vgl. statt vieler Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 38 II.

182) So Stoll, JW 1928 S. 58 und AcP Band 131 S. 183 sowie vor allem Böhmer, a. a. O. S. 114 ff.

183) Vgl. Adler, ZHR Band 75 S. 490; ebenso neuerdings Larenz, a. a. O. I S. 279 für den Rücktritt und damit wohl auch für die Wandlung, vgl. a. a. O. II S. 42.

Gesetz die Abwicklung des gewandelten Vertrages nach den Vorschriften der §§ 467, 346 ff. BGB vorsieht, lassen sich die damit verbundenen Schwierigkeiten nicht umgehen. In dieser Form ist daher die Wandlung ein Rechtsbehelf, der der Eigengesetzlichkeit des Gesellschaftsverhältnisses nicht gerecht wird.

Folgerichtig spricht die neuere Theorie bei der Gesellschaft auch in einem ganz anderen Sinne von der Wandlung. Sie versteht darunter die Rückgabe der mangelhaften Sacheinlage an den einbringenden Gesellschafter und statt ~~der~~ der Leistung eines entsprechenden Wertersatzes an die Gesellschaft ¹⁸⁴⁾. Viele Autoren wollen der Gesellschaft außerdem noch fakultativ neben der Wertvergütung einen Anspruch auf Einbringung einer fehlerfreien Sache gewähren ¹⁸⁵⁾.

Will man im Gesellschaftsrecht auf den Rechtsbehelf der Wandlung nicht verzichten und sich nicht mit der Möglichkeit der Kündigung nach § 723 BGB begnügen, so ist dies in der Tat der einzige Weg, die Rechtstolgen der Wandlung mit den Erfordernissen des Gesellschaftsverhältnisses in Einklang zu bringen. Allerdings hat sie in dieser Form mit der Wandlung im strengen Wort- und Gesetzessinn nicht mehr viel gemeinsam. Lediglich die Rückgabe der fehlerhaften Sacheinlage kann im Sinne der Wandlungsvorschriften noch als Rückgewähr einer empfangenen Leistung angesehen werden. Die Leistung des Wertersatzes oder die Einbringung einer fehlerfreien Ersatzeinlage stellen hingegen einen anderen Tatbestand dar. Hier gibt der Gesellschafter nichts zurück, was er zuvor in Erfüllung des Schuldvertrages empfangen hat, sondern hier leistet der Ersatz für das Ungenügen seiner ersten Leistung.

Bei der Speziesschuld können jedoch derartige Ansprüche nicht aus dem Wandlungsschuldverhältnis hergeleitet werden. Selbst wenn man der unstrittenen Meinung folgt, die Ansprüche aus den §§ 459 ff. BGB seien ihrer rechtlichen Natur nach Ersatzansprüche wegen Nichterfüllung der Leistung ¹⁸⁶⁾, so bleibt doch zu berücksichtigen, daß die Gewährleistungsvorschriften eine Sonderregelung enthalten, die bei der Speziesschuld Erfüllungs- und Nachlieferungsansprüche schlechthin ausschließen. Selbst mit der Anpassungsfunktion der Analogie kann daher eine so weitgehende Abwandlung des gesetzgeberischen Grundgedankens allein nicht gerechtfertigt werden. Die Rechtsgrundlage des Anspruchs auf Wertersatz oder Nachlieferung kann vielmehr nur im Gesellschaftsverhältnis selbst gefunden werden.

In der Literatur herrscht darüber auch stillschweigendes Einverständnis. Ausdrücklich beschränken sich die Kommentare und Lehrbücher jedoch meist

184) Herrschende Meinung; vgl. Wieland, a. a. O. S. 546 Note 33; Würdinger, a. a. O. S. 78; Larenz, a. a. O. II S. 229; RGR-Komm. § 706 Anm. 3; sowie die in der folgenden Note Genannten.

185) J. von Gierke, a. a. O. S. 200; Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 177 II 1 b; Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 29, ebenso Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, S. 129 f.; Haupt-Reinhardt, a. a. O. S. 32; Esser, a. a. O. S. 726; Staudinger-Geiler, § 706 Anm. 10.

186) So vor allem Korintenberg, Abschied von der Gewährleistung, und Raape, Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf, AcP Band 150 S. 481 f.; gegen Schollmeyer, Jher. Jb., Band 49 S. 93 ff., und Süss, Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel. Vgl. auch den Überblick bei Larenz, a. a. O. II S. 50 ff.

auf den Hinweis, daß die eigentliche Wandlung nicht durchführbar sei, weil „sie den Fortfall der Leistungen aller Gesellschafter und damit die Unmöglichkeit der Erreichung des Gesellschaftszweckes zur Folge haben würde“¹⁸⁷⁾. Damit ist aber letzten Endes nur ein negatives Kriterium aufgezeigt, das die dogmatische Richtigkeit der an die Stelle der eigentlichen Wandlung gesetzten Lösung nicht hinreichend zu begründen vermag.

Eine positive Begründung hat neuestens Böhmer gegeben. Er geht davon aus, daß den Gesellschafter die Pflicht treffe, eine mangelfreie Sache einzubringen. Die Leistung einer mangelhaften Sache sei demnach keine Erfüllung, sondern nur ein Erfüllungsversuch, der den Erfüllungsanspruch der Gesellschaft nicht zum Erlöschen bringe. Darum bleibe der Gesellschafter verpflichtet, eine mangelfreie Sache gleicher Art einzubringen oder, falls dies nicht möglich sei, Wertersatz zu leisten¹⁸⁸⁾.

Die Auffassung, daß die Einbringung einer mangelhaften Sache ein Fall der Nichterfüllung sei, begründet Böhmer damit, daß die Beitragspflicht eine Konkretisierung der allgemeinen Förderungspflicht darstelle, die wiederum jeden Gesellschafter zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges verpflichte. In diesem Rahmen sei die Verpflichtung aus dem Einbringungsvertrage in erster Linie auf die Förderung des Gesellschaftszweckes gerichtet. Insoweit bestehe eine gewisse Ähnlichkeit zwischen dem Einbringungsvertrag und dem Werkvertrag. Die Pflicht zur Leistung des vereinbarten Beitrags umfasse zugleich die Verpflichtung, die Sache in einem Zustand zu übergeben, der der vertraglichen Abmachung entspreche und der sie zur Förderung des besonderen Zwecks geeignet mache. Regelmäßig sei aber die Einbringung einer fehlerfreien Sache vereinbart. Wie der Werkbesteller oder der Käufer beim Gattungskauf eine mangelhafte Sache nicht abzunehmen brauche, so sei auch die Gesellschaft nicht verpflichtet, eine mangelhafte Einlage entgegenzunehmen, da der einlegende Gesellschafter einen mangelfreien Zustand der Einlage schulde¹⁸⁹⁾. Aus alledem folgt Böhmer, daß der Anspruch auf eine mangelfreie Einlage kein Ersatzanspruch, sondern der von Anfang an bestehende und durch die Leistung der vertragswidrigen Sache nicht zum Erlöschen gekommene Erfüllungsanspruch ist¹⁹⁰⁾.

Diese Beweisführung erweckt jedoch Bedenken. So trifft es schon nicht zu, daß die Förderungspflicht, sei es allgemein oder in ihrer jeweiligen konkreten Erscheinungsform, die Gesellschafter zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges verpflichte. Nicht das Ergebnis — die Erreichung des Gesellschaftszweckes selbst — wird geschuldet, sondern die Mitarbeit an seiner Verwirklichung. Der Erfolg ist zwar das erstrebte Ziel der gemeinschaftlichen Tätigkeit und des Kapitaleinsatzes, nicht aber der geschuldete Inhalt der Leistungen. Bleibt der erwartete Erfolg aus, so löst dies unter den Gesellschaftern keinerlei Ersatzansprüche wegen Nichterfüllung oder Pflichtverletzung aus. Äußerstenfalls endigt die Gesellschaft wegen Unmöglichkeit der Zweckerreichung (§ 726 BGB).

Deshalb ist auch die Parallele zwischen Einbringungsabrede und Werkvertrag verfehlt. Das Einlagegeschäft trägt keinerlei werkvertragsähnliche

187) So z. B. Hueck, Das Retch der offenen Handelsgesellschaft, S. 129.

188) Böhmer, a. a. O. S. 125 f.

189) a. a. O. S. 67 ff.

190) a. a. O. S. 126.

Züge. Gewiß ist es richtig, daß jede Beitragsleistung zur Förderung des gemeinsamen Gesellschaftszwecks bestimmt ist. Doch setzt die Eignung hierzu nicht eine bestimmte, die Zweckerreichung garantierende Beschaffenheit der Einlage voraus. Fordert der Verwendungszweck der Einlage besondere Eigenschaften, so ist deren Vorhandensein nicht, wie die Werksqualität bei der Werkherstellung, ein begrifflich notwendiges Erfordernis des Rechtsgeschäfts. Ihr Vorhandensein muß vielmehr ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart werden. Die Verpflichtung, die Einlage in einem Zustand einzubringen, der dem vereinbarten Verwendungszweck oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch entspricht, enthält aber kein für den Werkvertrag spezifisches Merkmal, so daß insoweit eine Verwandschaft mit dem Einlagegeschäft nicht begründet werden kann.

Zudem ist nicht einzusehen, weshalb Böhmer das Einlagegeschäft nach Analogie des Kaufes behandelt, wenn er die Ähnlichkeit mit dem Werkvertrag so stark betont. Und wenn er den Anspruch auf Nachlieferung einer mangelfreien Einlage nicht als Ersatzanspruch, sondern als den von Anfang an bestehenden Erfüllungsanspruch charakterisiert, so bleibt unverstündlich, warum er der Gesellschaft diesen Anspruch erst auf dem Umwege über die Wandlung einräumen will. Der Erfüllungsanspruch ist doch der Primäranspruch eines jeden Schuldverhältnisses und, solange dieser Anspruch besteht, bedarf es nicht einer „Wandlung“, die schließlich doch nichts anderes gibt, als eben diesen Erfüllungsanspruch. Außerdem bedeutet es einen Widerspruch in sich, wenn ein Erfüllungsanspruch zum Ersatzanspruch für einen Fall der Nichterfüllung gemacht werden soll.

Der Anspruch auf Nachlieferung einer mangelfreien Einlage kann ferner auch deshalb nicht als Erfüllungsanspruch angesehen werden, weil eine Speziesschuld überhaupt nicht anders, als durch Leistung der geschuldeten Spezies erfüllt werden kann. Sie allein ist und bleibt Gegenstand des Erfüllungsverlangens. Fällt sie aus, so ist selbst die Leistung einer gleichartigen Spezies immer nur Ersatzleistung für die Nichterfüllung der eigentlichen Schuld. Der von der Rechtslehre überwiegend anerkannte Anspruch auf Einbringung einer fehlerfreien Sacheinlage an Stelle der fehlerhaften ist deshalb ein echter Ersatzanspruch des Gewährleistungsrechts.

Die rechtliche Grundlage für die Ersatzforderung bildet der Anspruch aus der Wandlung in Verbindung mit dem Anspruch auf Förderung des Gemeinschaftszwecks. Erst die Kombination beider Ansprüche gibt einen tragfähigen Grund für eine den Erfordernissen des Gesellschaftsverhältnisses angepaßte Durchführung der Wandlung. Dabei zeigt sich folgendes Bild:

Weist die Sacheinlage einen erheblichen Mangel auf, so ist die Gesellschaft berechtigt (und nach Vollziehung der Wandlung auch verpflichtet), die fehlerhafte Einlage zurückzugeben. Insoweit führt sie jedenfalls teilweise die reguläre Wandlung durch ¹⁹¹⁾ und es bestehen grundsätzlich keine Bedenken, gemäß § 467 BGB die die Rückgewähr des Empfangenen betreffenden Vorschriften über das Rücktrittsrecht entsprechend anzuwenden ¹⁹²⁾.

191) Hueck bezeichnet diesen Vorgang a. a. O. S. 129 ausdrücklich als „Wandlung“.

192) Das hat hauptsächlich Bedeutung für den Ausschluß des Wandlungsrechts nach den §§ 351 — 353 BGB; Vgl. hierzu im einzelnen unter S. 72 f.

Der ersatzpflichtige Gesellschafter kann demgegenüber keine Leistung zurückgewähren, da er eine solche im Austausch mit seiner Einlage gar nicht erhalten hat. Statt dessen muß er auf Grund der fortbestehenden Förderungspflicht den durch die zurückgewiesene Beitragsleistung entstandenen Ausfall ausgleichen, da er aus seiner Pflicht, den von ihm übernommenen Anteil an der Förderung des Gemeinschaftszwecks zu leisten, nicht entlassen werden kann. Diese Forderung steht durchaus im Einklang mit den strengen Grundsätzen des vom Verschulden unabhängigen Gewährleistungsrechts.

In welcher Weise der Ausgleich gefordert werden kann, wird man allerdings nur von Fall zu Fall entscheiden können. Steht eine gleichwertige fehlerfreie Spezies zur Verfügung, so ist diese ersatzweise einzubringen. Ist das — wie wohl meist — nicht der Fall, bleibt der Anspruch auf Ersatz des Wertes in Geld.

Zwischen beiden Ansprüchen hat die Gesellschaft die Wahl. Welchen sie wählt, entscheidet sie nach der Zweckdienlichkeit. Der ausgleichspflichtige Gesellschafter kann die Gesellschaft nicht auf den Anspruch verweisen, der für ihn am wenigsten lästig ist. Die gesellschaftsrechtliche Treubindung verpflichtet ihn vielmehr bis an die Grenze des Zumutbaren. Besteht jedoch für die Gesellschaft kein überwiegendes Interesse an einer bestimmten Leistung, so wird man dem Gesellschafter nicht verwehren können, sich durch die Leistung zu befreien, die ihm das geringste Opfer auferlegt. Ist die Spezies aber für die Erreichung des Gemeinschaftszwecks unentbehrlich und ist sie weder ersatzweise von dem Gesellschafter zu erlangen noch mit Hilfe der Geldvergütung zu beschaffen, bleibt als letztes Mittel nur die Auflösung der Gesellschaft.

ii) Der Anspruch auf Mängelbeseitigung.

Aus den vorstehenden Erwägungen heraus sind auch das Recht und die Pflicht des Gesellschafters zur Mängelbeseitigung zu bejahen.

Das Recht des Gesellschafters zur Mängelbeseitigung bedeutet, daß er von der Gesellschaft die Zulassung der Nachbesserung beanspruchen kann und die Gesellschaft während des entsprechenden Zeitraums mit der Geltendmachung der eigentlichen Gewährleistungsansprüche zurückhalten muß.

Im Recht des Speziesverkaufs findet sich für diese Befugnis keine entsprechend anwendbare Vorschrift. Die Nachbesserung wird dort jedoch von der Rechtsprechung in sehr engen Grenzen zugelassen, wenn der Verkäufer sich zur Mängelbeseitigung er bietet und die Ablehnung dieses Angebots gegen Treu und Glauben verstoßen würde¹⁹³⁾. Doch handelt es sich dabei um eine Ausnahme, die im einzelnen Fall einen Vorstoß gegen Treu und Glauben ausschließen soll.

Demgegenüber besteht die Nachbesserungsbefugnis des Gesellschafters von vorneherein und unbeschränkt. Es hat seine Wurzel in der wechselseitigen Treubindung der Gesellschafter, die sie gegenseitig verpflichtet, ihre Beziehungen untereinander nicht ohne Not mit Streitigkeiten zu belasten. Ist daher der Mangel der Einlage behebbbar und ist der gewährleistungspflichtige Gesellschafter zu seiner Beseitigung bereit, so wäre es eine Verletzung der Treupflicht, wenn die übrigen Gesellschafter ihm dies

193) RGZ Band 61 S. 94; 87 S. 337; RG in JW 1907 S. 300.

verweigern und sogleich die viel einschneidenderen Mängelrechte geltend machen würden. Nicht die Wahrnehmung formaler Rechte, sondern die bestmögliche Wahrung der Gemeinschaftsbelange ist die Richtschnur gesellschaftlichen Handelns. Deshalb kann dem Gesellschafter das Recht zur Mängelbeseitigung nicht streitig gemacht werden, solange die Gesamtinteressen dadurch keinen Schaden erleiden.

Mißlingt allerdings die Nachbesserung, dann können die übrigen Gesellschafter unbehindert von ihren Mängelrechten Gebrauch machen; denn durch die Gestattung der Nachbesserung wird die Gesellschaft ihrer sonstigen Mängelansprüche nicht beraubt.

Daß der Gesellschafter andererseits auch eine Pflicht zur Mängelbeseitigung hat, ergibt sich wiederum aus der allgemeinen Förderungspflicht¹⁹⁴⁾. Wenn, wie oben ausgeführt, der Gesellschafter auf Grund seiner Förderungspflicht zur Nachlieferung einer fehlerfreien Einlage verpflichtet werden kann, dann muß die Gesellschaft umso mehr berechtigt sein, von ihm die in aller Regel weniger belastende Mängelbeseitigung zu verlangen. Dieser Anspruch besteht besonders dann, wenn die mangelhafte Spezies anderweitig nicht ersetzt werden kann und der Mangel der Einlage zugleich so erheblich ist, daß ohne seine Beseitigung die Erreichung des Gesellschaftszwecks in Frage gestellt wird.

Hat sich die Gesellschaft für den Anspruch auf Mängelbeseitigung entschieden und bleibt der Erfolg der Nachbesserung ohne Verschulden des gewährleistungspflichtigen Gesellschafters oder seines Erfüllungsgehilfen aus, so wird er von weiterer Gewährleistung frei. In diesem Fall wird man den anderen Gesellschaftern aber das Recht der fristlosen Kündigung zubilligen müssen, sofern die mangelhafte Leistung nicht schon selbst einen wichtigen Grund zur Kündigung abgibt.

iii) Der Anspruch auf Minderung.

Daß die Minderung nicht durch Kürzung der übrigen Beitragsleistungen oder durch Herabsetzung des Gewinns oder Liquidationserlöses vorgenommen werden kann ist bereits oben auf S. 35 ff. ausgeführt worden. Einem solchen Verfahren steht entgegen, daß die Gesellschaft als ein durch Leistungsvereinigung und Förderungspflicht gebundener Leistungskomplex keine dem Kaufpreis entsprechende, herabsetzbare Gegenleistung kennt. Eine Minderung durch Leistungsverkürzung kann daher nicht in Betracht kommen. Mit Rücksicht darauf herrscht in der Literatur die Meinung vor, daß die Minderung durch zusätzliche Zahlung eines Aufgeldes in Höhe des Minderwerts der Einlage zu erfolgen hat¹⁹⁵⁾.

194) Vgl. auch RGZ Band 161 S. 324, wo dies für das gesellschaftsähnliche Rechtsverhältnis ausdrücklich hervorgehoben wird.

195) Wieland, a. a. O. S. 546 Note 33; J. von Gierke, a. a. O. S. 200; Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 29; Schumann, a. a. O. S. 231; Würdinger, a. a. O. S. 78; Haupt-Reinhardt, a. a. O. S. 32; Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 177 II 1 b; Staudinger-Geiler, § 706 Anm. 11; RGR-Komm., § 706 Anm. 3. Im älteren Schrifttum erwähnt z. B. Knoke, a. a. O. S. 51, keine Besonderheiten für die Durchführung der Minderung, obwohl er den Gesellschaftszweck durch sie für gefährdet hält. Titze, a. a. O. S. 318, lehnt hingegen die Minderung überhaupt ab, da sie einen gegenseitigen Vertrag im technischen Sinne voraussetze, wozu die Gesellschaft jedoch nicht zähle.

Diese Ansicht führt nicht nur zu einem praktisch billigen Ergebnis, sie ist auch theoretisch richtig. Zur Begründung ist zunächst auf das Wesen und den Zweck der Minderung zu verweisen. Ihre Aufgabe besteht darin, die durch eine mangelhafte Leistung gestörte Äquivalenz auszugleichen. Ob dies nun durch Herabsetzung der Gegenleistung oder durch Erhöhung der mangelhaften Leistung geschieht, ist keine dogmatische, sondern eine praktische Frage. Das Gesetz hat sich zwar grundsätzlich für den ersten Weg entschieden, es schließt aber den zweiten Weg nicht aus. Das beweist die Regelung des § 473 BGB. Sind nämlich beim Kauf neben dem in Geld festgesetzten Kaufpreis nicht vertretbare Sachen als Gegenleistung ausbedungen, so findet nach dieser Vorschrift eine Herabsetzung der Gegenleistung zunächst nur an dem in Geld festgesetzten Preise statt, und zwar so lange, als dieser hierfür ausreicht. Ist der Barpreis jedoch geringer als der abzusetzende Betrag, so hat der Verkäufer den überschüssigen Minderungsbetrag dem Käufer zu vergüten. Mit anderen Worten: da die nicht vertretbare Sache einer Minderung durch „Herabsetzung“ nicht zugänglich ist, hat der weitere Ausgleich in der Form zu erfolgen, daß von dem Gewährleistungspflichtigen an den Minderungsberechtigten ein Betrag in Höhe der verbleibenden Minderleistung draufgezahlt wird.

Besteht nun, wie gewöhnlich beim Tausch, die Gegenleistung auch nicht teilweise in Geld, sondern ausschließlich in Leistungen anderer Art, so kann die Minderung, sofern die Gegenleistung unteilbar ist, gar nicht anders durchgeführt werden, als durch bloße Zahlung des Aufgeldes¹⁹⁶⁾. Mit dieser Regelung wird lediglich der in § 473 BGB niedergelegte Grundgedanke für einen extremen Anwendungsfall folgerichtig zu Ende geführt. Es läßt sich daraus der allgemeine Satz ableiten, daß der gewährleistungspflichtige Teil den Minderwert seiner mangelhaften Leistung immer dann durch eine Geldzahlung auszugleichen hat, wenn ihr keine minderbare Gegenleistung gegenübersteht. Dieser Sachverhalt ist bei der mehrgliedrigen Gesellschaft stets gegeben. Die Notwendigkeit, nach diesem Grundsatz zu verfahren, besteht umso mehr, als hier die Leistungen nicht einmal nach Art des gegenseitigen Vertrages ausgetauscht, sondern in ein gemeinschaftliches Vermögen eingebracht und dort vereinigt werden. Es fehlt also nicht nur an der minderbaren Gegenleistung, sondern — im technischen Sinne — an der Gegenleistung überhaupt.

Für die Berechnung des Aufgeldes ist der Berechnungsmodus des § 472 BGB entsprechend heranzuziehen. Haben die Gesellschafter bei der Einbringung oder beim Vertragsschluß eine Bewertung der Einlage unterlassen, so ist allerdings eine dem Kaufpreis entsprechende Berechnungsgröße nicht vorhanden. In diesem Falle entspricht das Aufgeld einfach dem Unterschiedsbetrag zwischen dem objektiven Wert der Einlage im mangelfreien und demjenigen im mangelhaften Zustand. Dasselbe gilt dann, wenn die Bewertung der Gesellschafter mit dem objektiven Wert der Einlage im fehlerfreien Zustand übereinstimmt. In allen übrigen Fällen tritt bei der Berechnung an die Stelle des Kaufpreises der für die Gewinnverteilung oder die Kapitalerstattung festgestellte Wert der Einlage. Auf dieser Grundlage bemißt sich das Aufgeld sodann nach der Wertdifferenz, die dem Verhältnis des objektiven Werts der Einlage im mangelfreien Zustand zu seinem wirklichen Wert entspricht.

196) Vgl. Staudinger-Ostler, § 515 Anm. 11. Über Einzelheiten, insbesondere die Berechnung der Minderung, vgl. RGZ Band 73 S. 152 f.; siehe auch RGZ Band 72 S. 299 ff. und RG in Warn.-Rspr. 1910 Nr. 201.

Ist der Wert der Einlage nach dem Gesellschaftsvertrag nicht für die Gewinnbeteiligung maßgebend, können die Gesellschafter die Minderung auch mit Hilfe einer bloßen Wertberichtigung durchführen und damit den tatsächlichen Ausgleich bis zur Liquidation der Gesellschaft hinausschieben. Die Handhabe hierfür gibt § 733 Abs. 2 Satz 2 BGB. Nach dieser Vorschrift ist bei der Liquidation für die nicht in Geld bestehenden Einlagen der Wert zu ersetzen, den sie zur Zeit der Einbringung gehabt haben. Ist dieser Wert durch die Gesellschafter vertraglich festgelegt worden und sehen sie sich in ihrer Bewertung durch die Mangelhaftigkeit der Einlage getäuscht, so können sie, anstatt ein Aufgeld zu verlangen, auch fordern, daß der gewährleistungspflichtige Gesellschafter der Berichtigung des Wertansatzes in einer dem Minderwert entsprechenden Höhe zustimmt. In diesem Fall tritt die Minderung vorerst nur rein rechnerisch — als berechtigter Bilanzposten — in Erscheinung. Wirksam wird sie dagegen erst bei der Erstattung der Einlage im Liquidationsstadium.

Ob dieser Weg sehr praktisch ist, muß allerdings bezweifelt werden. Regelmäßig wird der Gesellschaft an einem baldigen oder sofortigen Ausgleich gelegen sein; denn ihr Interesse geht in erster Linie auf eine möglichst vollständige Kapitalausstattung. Zudem bleibt häufig die Realisierbarkeit des Leistungsausgleichs in einem späteren, meist unbestimmten Zeitpunkt ungewiß, da die wirtschaftliche Entwicklung des Gesellschaftsvermögens nur selten vorausgesehen werden kann.

IV) Vollziehung und Geltendmachung der Mängelrechte.

Zwischen den verschiedenen Mängelrechten — dem Anspruch auf Wandlung, Minderung oder Nachbesserung — haben die Gesellschafter die Wahl. Der Anspruch auf Wandlung entfällt allerdings, wenn die mangelhafte Einlage durch Verschulden der Anspruchsberechtigten wesentlich verschlechtert worden ist, untergegangen ist oder aus einem sonstigen Grunde nicht herausgegeben werden kann (§§ 467, 351 BGB)¹⁹⁷⁾. Dasselbe gilt, falls sie nach der Entdeckung des Mangels durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet worden ist (§§ 352, 467 Satz 1 Halbsatz 2 BGB). Das Wandlungsrecht erlischt ferner, wenn sich der gewährleistungspflichtige Gesellschafter zur Wandlung erbiertet und die Gesellschaft sich nicht innerhalb der von ihm bestimmten angemessenen Frist erklärt, ob sie Wandlung verlangen will (§ 466 BGB)¹⁹⁸⁾. In diesen Fällen bleibt den Gesellschaftern nur die Möglichkeit, zwischen Minderung oder Nachbesserung zu wählen.

Im übrigen erlischt das Wahlrecht erst mit der Vollziehung der Mängelrechte oder mit der rechtskräftigen Verurteilung zur Wandlung, Minderung oder Nachbesserung¹⁹⁹⁾. Die rechtsgeschäftliche Vollziehung der Mängel-

- 197) Mit Rücksicht auf § 356 Satz 2 BGB genügt hierfür bereits das Verschulden eines Gesellschafters oder seiner Hilfsperson (§ 351 Satz 2 BGB).
- 198) Der Grundgedanke dieser Vorschrift trifft auch im Gesellschaftsrecht zu. Der Gesellschafter kann ebenso wie der Verkäufer ein Interesse daran haben, schnell zu klären, ob er die Einlage zurücknehmen muß oder nicht.
- 199) Nach der herrschenden Lehre bedeuten der rechtsgeschäftliche Vollzug der Mängelrechte und der rechtskräftige Richterspruch den

rechte erfolgt in entsprechender Anwendung des § 465 BGB dadurch, daß sich der gewährleistungspflichtige Gesellschafter auf Verlangen der Mitgesellschafter mit der Durchführung eines dieser Rechte einverstanden erklärt. Für die mehrgliedrige Gesellschaft ergibt sich daraus die Frage, ob dazu das Einverständnis mit allen Gesellschaftern gefordert werden muß, oder ob schon die Einigung mit einem einzigen Gesellschafter genügt.

Im Kaufrecht ist die entsprechende Frage nicht einheitlich entschieden. Das Wandlungsrecht kann nach den §§ 467, 356 BGB bei mehreren Käufern oder Verkäufern nur von allen gegen alle ausgeübt werden. Zur Vollziehung der Wandlung gehört demnach das Einverständnis aller Beteiligten. Für die Minderung stellt das Gesetz dagegen einen anderen Grundsatz auf. Nach § 474 BGB kann bei einer Mehrheit von Beteiligten auf der einen oder anderen Seite von jedem gegen jeden Minderung verlangt werden. Bereits die Einigung mit einem Berechtigten schließt nach § 474 Abs. 2 BGB die Wandlung aus. Zur Vollziehung der Minderung bedarf es demnach im Gegensatz zur Wandlung nicht der Mitwirkung aller. Für die Nachbesserung fehlt naturgemäß jegliche Bestimmung dieser Art im Kaufrecht.

Die Entscheidung dieser Frage kann hier nur nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen getroffen werden. Eine Analogie zu § 356 BGB ist nicht zwingend. Im Kaufrecht ist die Wandlung ein Gestaltungsrecht nach der Art des Rücktritts. Sie löst den Vertrag rückwirkend auf oder gestaltet ihn — nach einer anderen Meinung — zumindest inhaltlich um. Im Gesellschaftsrecht läßt die Wandlung hingegen die Vertragsgrundlage unangetastet. Die Notwendigkeit, sämtliche Gesellschafter an der Vollziehung der Wandlung zu beteiligen, besteht daher aus diesem Grunde nicht. Ebenso wenig setzt die Vollziehung der Wandlung etwa deshalb das Einverständnis aller Gesellschafter voraus, weil bei Durchführung der Wandlung die mangelhafte Einlage zurückzugeben ist und eine Verfügung über einen Gegenstand der Gesamthand nach § 719 BGB nur von allen gemeinschaftlich getroffen werden kann. Dieser Gesichtspunkt ist schon deshalb unbeachtlich, weil die Vollziehung der Wandlung keine dingliche Wirkung hat.

Es ist demnach durchaus denkbar, die Vollziehung der Mängelrechte in allen Fällen bereits mit der Einigung zwischen dem gewährleistungspflichtigen Gesellschafter und einem einzigen Mitgesellschafter eintreten zu lassen. Dieser Gedanke liegt umso näher, als dem einzelnen Gesellschafter ja grundsätzlich auch das Recht eingeräumt wird, den Anspruch auf den Beitrag selbst geltend zu machen. Doch ist hier zwischen rechtsgeschäftlicher Vollziehung und Durchführung der Mängelansprüche zu unterscheiden. Sind die Mängelrechte vollzogen, so besteht in der Tat kein Anlaß, die Geltendmachung der Mängelansprüche anders zu behandeln als die Verfolgung der Beitragsforderungen. Für die Vollziehung ist dagegen zu berücksichtigen, daß sie selber gar nicht unmittelbar ein Akt der Rechtsdurchsetzung ist, sondern daß sie lediglich die Entscheidung über den zweckmäßigsten Weg der Rechtsverfolgung herbeiführt. Die Entscheidung, ob gewandelt, gemindert oder nachgebessert werden soll, ist

199) Verlust des bis dahin bestehenden *ius variandi*; vgl. Staudinger — Ostler, § 465 Anm. 1 f, § 462 Anm. 8 — 13. Der Streit um die Vertrags- oder Herstellungstheorie ist in diesem Zusammenhang ohne Interesse. Die Theorien haben vorwiegend prozessuale Bedeutung.

somit im allgemeinen eine Angelegenheit der Geschäftsführung, welche die Frage der Konkurrenz zwischen Gesamthandsanspruch und Einzelanspruch überhaupt nicht berührt.

Nach der Regel des § 709 BGB ist daher für die Vollziehung der Mängelrechte das Einverständnis aller Gesellschafter einzuholen. Besteht für die Geschäftsführung eine abweichende Regelung, so ist diese maßgebend. Geht die Entscheidung dieser Frage allerdings über den Umfang der laufenden Geschäfte hinaus, wird also die Substanz des Gesellschaftsvermögens oder sogar der Bestand der Gesellschaft durch die Entscheidung berührt, so wird man nach dem Grundgedanken des § 116 HGB bei Einzel- oder Alleingeschäftsführungsbefugnis einen Beschluß sämtlicher Gesellschafter fordern müssen. Läßt der Geschäftsführer dies außer acht, so sind die übrigen Gesellschafter durch ihre Rethke aus den §§ 711, 712 BGB geschützt.

Ist das *ius variandi* noch nicht erloschen und klagt ein Gesellschafter im eigenen Namen auf Durchführung eines der Mängelrechte, so wird man zur Klagebegründung fordern müssen, daß er die Zustimmung der geschäftsführungsberechtigten Gesellschafter gerade zu diesem Rechtsbehelf nachweist. Er ist zwar kraft seiner Stellung als Gesellschafter zur Einzelklage legitimiert, doch ist der geltend gemachte Anspruch ein solcher der Gesamthand, der auf Leistung an alle geht. Die Entscheidung über den Inhalt des Mängelanspruchs, die mit dem Klageantrag bereits vorweggenommen wird, gehört daher nicht zu seiner Sachbefugnis.

Unberührt von allem bleibt das Recht jedes einzelnen Gesellschafters, die Gesellschaft wegen eines Mangels der eingebrachten Sache aus wichtigem Grund zu kündigen. Er ist daran auch nicht gehindert, wenn die übrigen Gesellschafter bereits übereingekommen sind, Wandlung oder Minderung oder Nachbesserung zu verlangen, selbst dann nicht, wenn nach dem Gesellschaftsvertrag diese Entscheidung mit einer ihn bindenden Mehrheit der Stimmen getroffen werden konnte. Haben sich aber der Gewährleistungspflichtige und die anderen Gesellschafter schon über die Vollziehung und Durchführung der Mängelansprüche geeinigt, so ist das nicht ohne Einfluß auf die Beurteilung der Frage, ob die mangelhafte Leistung nunmehr noch einen wichtigen Grund zur Auflösung der Gesellschaft abgibt²⁰⁰⁾.

V) Die Mängelrede.

Das Gesetz gewährt in § 478 BGB dem Käufer, der dem Verkäufer den Mangel der Sache rechtzeitig angezeigt hat, weiterhin das Recht, die Zahlung des Kaufpreises auch nach der Verjährung der Mängelansprüche insoweit zu verweigern, als er auf Grund der Wandlung oder Minderung dazu berechtigt sein würde. Daß ihm im übrigen dieses Recht vor Ablauf der Verjährungsfrist ebenfalls zusteht, ist selbstverständlich und bedarf keines besonderen Hinweises.

Für die Gesellschaft ist die Bedeutung dieser Vorschrift nicht groß. Die Möglichkeit ihrer entsprechenden Anwendung auf die Gesellschaft ist schon aus tatsächlichen Gründen sehr eingeschränkt. Es müßte sich schon um den seltenen Fall handeln, daß ein (oder mehrere) Gesellschafter von dem gewährleistungspflichtigen Mitgesellschafter im Wege der Einzelklage auf Beitragsleistung in Anspruch genommen werden. Denn nur dann wäre ein dem Tatbestand des § 478 BGB annähernd vergleichbarer Sachverhalt gegeben.

200) Vgl. Staudinger-Geiler, § 706 Anm. 12.

Mit Recht weist Böhmer darauf hin, daß die Ausübung der Wandlungseinrede im Ergebnis zur Verweigerung der Beitragsleistung führt und damit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages gleichkommt²⁰¹⁾. Insoweit hätte demnach dasselbe zu gelten, was oben über die Zulässigkeit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages gegenüber der Einzelklage des gewährleistungspflichtigen Gesellschafters ausgeführt worden ist (S. 47). Doch besteht hier eine weitere Schwierigkeit. Sie beruht darauf, daß der Gesellschafter die Mängel einrede nicht schlechthin geltend machen könnte, sondern daß er sich entscheiden müßte, ob er die Einrede der Wandlung, der Nachbesserung oder der Minderung erheben will. Denn bei entsprechender Anwendung des § 478 BGB könnte er seine Leistung nur „insoweit“ verweigern, als ihm diese Rechte umgekehrt überhaupt Ansprüche geben. Da diese Ansprüche jedoch nach Inhalt und Umfang verschieden weit gehen, müßte er sich auch in seiner Verteidigung auf eine dieser Einreden konzentrieren, um damit den Umfang der Leistungsverweigerung gegenüber der Beitragsklage des gewährleistungspflichtigen Gesellschafters zu bestimmen.

Dies alles erscheint aber wenig sinnvoll; denn häufig ist die von ihm geforderte Leistung, mit der er auf Grund der Einrede zurückhalten will, quantitativ gar nicht teilbar. Abgesehen davon ist sie aber auch selbst bei tatsächlicher Teilbarkeit aus Rechtsgründen unteilbar, da sie als Anspruch der Gesellschaft bereits gesamthänderisch gebunden ist. Die Beitragsleistung könnte daher mit jeder der Einreden entweder nur ganz oder gar nicht verweigert werden. Das entspricht aber nicht dem Sinn und der Funktion der verschiedenen Mängel einreden.

Ein weiteres Bedenken gegen die Zulassung der Mängel einrede besteht darin, daß nach herrschender Lehre mit der Erhebung der Einrede die Wahl unter den Mängelrechten vorweggenommen wird²⁰²⁾. Eine derartige Bindung kann aber umso weniger in Kauf genommen werden, als diese Entscheidung grundsätzlich der Gesamtheit der Gesellschafter oder der Geschäftsführung zusteht.

Es zeigt sich somit, daß die Mängel einrede selbst in diesem begrenzten Rahmen kein geeigneter Rechtsbehelf des Gesellschafters ist. Man wird sie daher auch gegenüber der Einzelklage des gewährleistungspflichtigen Mitgesellschafters versagen müssen.

Zu erwägen bleibt jedoch, ob die Mängel einrede nicht als Gegenrecht der Gesellschaft gegen den Anspruch des zur Mängelgewähr verpflichteten Gesellschafters auf Entnahme oder Gewinnausschüttung verwendet werden kann. Für die Zulassung mögen oft praktische Gründe sprechen; doch bleibt ihre theoretische Begründung fragwürdig. Das Argument, die Gesellschaft müsse, wenn man ihr schon das Recht gebe, gegen den Anspruch auf Auszahlung des Gewinnanteils mit dem Anspruch auf rückständige Einlagen aufzurechnen, die Mangelhaftigkeit auch einredeweise geltend machen können²⁰³⁾, ist nicht unbedingt stichhaltig. Die Aufrechnung setzt lediglich Konnexität der Leistungen voraus, während die Mängel einrede Gegenseitigkeit erfordert und demgemäß nur gegenüber dem Kaufpreisanspruch oder – bei entsprechender Anwendung – einem ihm gleichstehenden Gegenanspruch geltend gemacht werden kann. Daß der Gewinnanspruch

201) a. a. O. S. 123.

202) Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 110 I 2 f.

203) So Böhmer, a. a. O. S. 123.

oder das Entnahmerecht derartige Gegenansprüche darstellen, wird man nach der hier vertretenen Auffassung (vgl. oben S. 35 f.) aber nur mit dem größten Bedenken bejahen können. Es ist daher zutreffender, die Gesellschaft in solchen Fällen auf die *exceptio doli* zu verweisen, bei der außerdem die Interessen des Gesellschafters, der unter Umständen für seinen Lebensunterhalt auf die Entnahmen und den Gewinn angewiesen ist, im Rahmen der wechselseitigen Treupflicht gebührend berücksichtigt werden können.

cc) Der Anspruch aus Schadensersatz.

Neben den bislang besprochenen Mängelrechten gewährt das Gesetz in § 463 BGB einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Der Anspruch steht mit den anderen Mängelrechten wiederum in demselben Eventualverhältnis, wie diese untereinander auch ²⁰⁴⁾. Er setzt jedoch neben den Erfordernissen des § 459 voraus, daß der Sache entweder bei Abschluß des Vertrages eine zugesicherte Eigenschaft gefehlt hat oder daß der Fehler der Sache arglistig verschwiegen worden ist. Rechtsprechung und Schrifttum erkennen daneben einen weiteren Grund für die verschärfte Haftung an, indem sie das arglistige Vorspiegeln einer nicht vorhandenen Eigenschaft dem Fall des arglistigen Verschweigens gleichstellen ²⁰⁵⁾.

Besonderheiten bestehen insoweit gegenüber dem Kaufrecht nicht. Doch bleibt für die Beurteilung des arglistigen Verschweigens zu beachten, daß die Offenbarungspflicht im Gesellschaftsrecht schon beim Vertragsschluß sehr viel weiter geht als beim Kaufvertrag ²⁰⁶⁾. Ferner genügt bereits die Zusicherung oder Täuschung gegenüber einem Gesellschafter, um den Schadensersatzanspruch für alle auszulösen. Wie der Anspruch auf die Beiträge, so steht den Gesellschaftern auch der Ersatzanspruch aus einer Verletzung der Beitragspflicht gemeinschaftlich zu. Dieser Anspruch muß daher dem Wesen der Gesamthand entsprechend notwendig ungeteilt und einheitlich sein, so daß es genügen muß, wenn der Tatbestand des § 463 BGB gegenüber einem Gesamthänder verwirklicht worden ist.

Ist hingegen der einbringende Gesellschafter zugleich der alleinige Geschäftsführer oder ist er für sich allein geschäftsführungs- und vertretungsberechtigt und leistet er die fehlerhafte Einlage durch sogenanntes *Insichgeschäft*, so ist eine Zusicherung oder Täuschung begrifflich und mit Rücksicht auf § 166 Abs. 1 BGB rechtlich ²⁰⁷⁾ ausgeschlossen, doch haftet er in diesem Falle den Gesellschaftern bereits wegen Schlechterfüllung nach den Regeln des Auftragsrechts (§§ 713, 662, 276 BGB) auf Schadensersatz. Außerdem liegt darin gegenüber den anderen Gesellschaftern regelmäßig eine grobe schuldhaft Verletzung der Treupflicht (Handeln trotz Fortfalls der Vertretungsbefugnis wegen Interessenkollision), so daß die Gesellschaft auch aus diesem Grunde Schadensersatzansprüche geltend machen kann.

Streit herrscht darüber, was unter Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verstehen ist. Nach der einen Ansicht geht der Anspruch lediglich auf

204) RGZ Band 87 S. 238; RG in JW 1931 S. 3270.

205) Ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts; so z. B. RGZ Band 83 S. 243; 96 S. 156; 103 S. 160; vgl. auch Staudinger-Ostler, § 463 Anm. 10 und Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 108 III c.

206) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, a. a. O. § 174 I 1 a.

207) Vgl. RGZ Band 74 S. 414.

Ersatz des durch den besonderen Mangel entstandenen Schadens ²⁰⁸⁾, nach der anderen ist er auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages gerichtet ²⁰⁹⁾. Die letzte Auffassung ist hier insofern von besonderer Bedeutung, als sie bei konsequenter Anwendung der Differenztheorie zur Auflösung des gesamten Gesellschaftsvertrages führen müßte. Es ist jedoch schon oben im Zusammenhang mit dem Schadensersatzanspruch aus den §§ 325, 326 BGB dargelegt worden, daß die Differenztheorie bei der mehrgliedrigen Gesellschaft nicht durchführbar ist. Es ist daher in diesem Fall nach den Regeln der Austauschtheorie zu verfahren und bei der Schadensregulierung statt von der Nichterfüllung des ganzen Vertrages stets von der Nichterfüllung der ganzen Leistung auszugehen. In dieser Form läßt sich auch die zweite Ansicht mit den Erfordernissen des Gesellschaftsverhältnisses in Einklang bringen.

Den Gesellschaftern stehen somit grundsätzlich zwei Wege offen, um ihren Schadensersatzanspruch zu verwirklichen. Sie haben einmal das Recht, die mangelhafte Sache zu behalten und von dem gewährleistungspflichtigen Gesellschafter zu verlangen, so gestellt zu werden, als habe er ordnungsgemäß erfüllt. Zu ersetzen ist in diesem Fall vor allem der Wertunterschied, den die fehlerhafte Einlage im Verhältnis zu einer fehlerfreien Sache aufweist. Darüberhinaus umfaßt der Ersatzanspruch aber auch jeden weiteren Schaden, der durch den Mangel der Einlage verursacht worden ist. In Übereinstimmung mit den für die Mängelbeseitigung entwickelten Grundsätzen ist aber auch eine Naturalherstellung nach den Regeln des allgemeinen Schadensersatzrechts (§§ 249 ff. BGB) nicht ausgeschlossen ²¹⁰⁾.

Zum anderen können die Gesellschafter die mangelhafte Einlage ganz zurückgeben und den gewährleistungspflichtigen Gesellschafter so behandeln, als habe er überhaupt nicht erfüllt. Dies erweist sich sogar als notwendig, wenn die mangelhafte Einlage für den Gesellschaftszweck überhaupt nicht verwendbar ist und die übrigen Mängelrechte nicht zu einem angemessenen Ausgleich führen. Der Ersatzanspruch bemißt sich sodann nach dem Interesse an der ganzen Leistung. Er ist stets auf Geldersatz gerichtet und umfaßt den gesamten positiven Schaden einschließlich des entgangenen Gewinns. Herstellung der zugesicherten oder vorgespiegelten Eigenschaften oder Beseitigung des verschwiegenen Mangels kann in diesem Fall nicht gefordert werden.

dd) Der Anspruch auf Nachlieferung bei der Einbringung gattungsmäßig bestimmter Sachen.

War die mangelhafte Einlage in der Beitragsabrede nur gattungsmäßig bestimmt, so kann die Gesellschaft in entsprechender Anwendung des § 480 BGB auch die Nachlieferung einer mangelfreien Sache verlangen ²¹¹⁾.

208) Staudinger-Ostler, § 463 Anm. 19; Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 108 III 2.

209) So vor allem die Rechtsprechung des Reichsgerichts. RGZ Band 90 S. 334; 134 S. 90; JW 1931 S. 3271.

210) Im Kaufrecht wird dagegen die Mängelbeseitigung bei der Speziesschuld konsequenterweise auch nicht als Naturalrestitution im Rahmen des Schadensersatzrechts zugelassen; siehe Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 108 III 2.

211) Staudinger-Geiler, § 706 Anm. 11; Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 177 II 1 b; Hueck, a. a. O. S. 129.

Dieser Anspruch ist jedoch nicht mit dem oben besprochenen Nachlieferungsanspruch aus der Wandlung identisch. Nach herrschender Ansicht ist er nichts anderes als der anfänglich geschuldete Erfüllungsanspruch, der nach wie vor auf Leistung einer Sache von mittlerer Art und Güte (§ 243 Abs. 1 BGB) gerichtet bleibt²¹²⁾, während der Nachlieferungsanspruch bei der Spezieeinbringung als ein echter Ersatzanspruch des Gewährleistungsrechts aufzufassen ist. Ein weiterer Unterschied liegt darin, daß die Nachlieferung bei der Gattungsschuld primär geschuldet wird, gegebenenfalls mit allen Folgen der §§ 275 ff., 320 ff. BGB, der Nachlieferungsanspruch bei der Spezieeinlage hingegen Wandlungsvollzug voraussetzt und auch dann nur bedingt neben dem Anspruch auf Geldersatz gegeben ist.

Die Durchführung des Nachlieferungsanspruchs unterstellt das Gesetz den Vorschriften über die Wandlung (§ 480 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Gesellschaft hat daher die mangelhafte Einlage nach Rücktrittsvorschriften zurückzugeben (§§ 467 Satz 1, 346 ff. BGB), jedoch entsteht die Verpflichtung zur Rückgewähr erst, wenn der gewährleistungspflichtige Gesellschafter sich mit der Nachlieferung einer mangelfreien Einlage einverstanden erklärt hat und damit die Wahl unter den verschiedenen Mängelrechten vollzogen worden ist²¹³⁾. Schuldhaftes Vernichtung, wesentliche Verschlechterung, Verarbeitung oder Umgestaltung der Einlage schließen den Anspruch auf Nachlieferung aus (§§ 467 Satz 1, 351 — 353 BGB). Erbietet sich der gewährleistungspflichtige Gesellschafter zur Nachlieferung und lassen die anderen Gesellschafter die von ihm gesetzte Erklärungsfrist verstreichen, erlischt das Nachlieferungsrecht ebenfalls (§ 466 BGB).

Der Nachlieferungsanspruch kann „statt“ der übrigen Mängelrechte geltend gemacht werden. Die Gesellschafter können daher die Einbringung der mangelhaften Sache auch als Erfüllung gelten lassen und wegen des des Mangels nach Gewährleistungsrecht Wandlung, Minderung, Nachbesserung oder unter den Voraussetzungen des § 480 Abs. 2 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Vollziehung und Durchführung dieser Rechte erfolgt sodann in derselben Weise, wie bei der mangelhaften Spezieleistung.

ee) Die Verjährung der Mängelansprüche.

Die Ansprüche auf Wandlung, Minderung und Schadensersatz wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft verjähren, sofern kein arglistiges Verhalten vorliegt, bei beweglichen Sachen in sechs Monaten von der Ablieferung, bei Grundstücken in einem Jahr von der Übergabe an (§ 477 BGB). Die Gründe für die kurze Verjährung treffen in übertragenem Sinne auch auf das Einlagegeschäft zu. Dient sie im Kaufrecht der schnellen Klärung der gegenseitigen Rechtsbeziehungen und damit der Verkehrssicherheit, so fördert sie im Gesellschaftsrecht den Rechtsfrieden unter den Vertragsgenossen. Die entsprechende Anwendung des § 477 BGB auf die Sacheinbringung ist daher zu bejahen²¹⁴⁾.

212) Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 113 I 1 mit weiteren Nachweisen.

213) RGZ Band 94 S. 331.

214) Staudinger-Geiler, § 706 Anm. 12 a.

Die Frist beginnt, sobald die Gesellschaft auf Grund der Ablieferung oder Übergabe zum Zwecke der Einbringung in der Lage ist, die eingebrachte Sache auf ihren Zustand und ihre Eignung hin zu untersuchen. Es genügt hierzu, daß die Sache einem empfangsberechtigten Gesellschafter zur Einbringung übergeben wird. Da das Gesetz den Fristbeginn an die rein theoretische Möglichkeit der Sachuntersuchung knüpft, spielt es keine Rolle, ob die übrigen Gesellschafter die Einlage überhaupt je zu Gesicht bekommen. Selbst die Unmöglichkeit, den Mangel fristgemäß zu entdecken, hindert den Lauf der Frist nicht.

Auch hinsichtlich der Hemmung und Unterbrechung der Verjährung gilt für das Gesellschaftsrecht nichts Besonderes. Ist dem gewährleistungspflichtigen Gesellschafter zunächst das Recht zur Nachbesserung eingeräumt worden, so wird man die Verjährung außerdem in entsprechender Anwendung des § 639 Abs. 2 BGB so lange als gehemmt ansehen müssen, bis dieser den Mangel für beseitigt erklärt oder die Fortsetzung der Beseitigung ablehnt ²¹⁵⁾.

ff) Der Ausschluß der Mängelrechte.

Das Gesetz enthält verschiedene Vorschriften, die die Gewährleistung ausschließen oder die Mängelrechte untergehen lassen. Sie finden auch auf die Sacheinbringung im Gesellschaftsrecht Anwendung, doch ergeben sich einige Besonderheiten, wenn der zum Ausschluß oder Untergang der Rechte führende Tatbestand bei der mehrgliedrigen Gesellschaft nicht in der Person sämtlicher Gesellschafter erfüllt ist.

Nach § 460 Satz 1 BGB entfällt die Pflicht zur Gewährleistung, wenn der Erwerber den Mangel der Sache bei Abschluß des Vertrages kennt. Dies gilt sowohl für Fehler im Sinne des § 459 Abs. 1 BGB als auch für zugesicherte Eigenschaften und nach dem Grundgedanken der Vorschrift sogar bei arglistigem Verhalten ²¹⁶⁾. Bei der mehrgliedrigen Gesellschaft geht nun die Frage dahin, welche Bedeutung in diesem Zusammenhang die Kenntnis eines oder einzelner Gesellschafter für die Gesamtheit der Gesellschafter hat. Da die Rechte in der Gesamthand nicht teilweise entstehen und teilweise nicht entstehen können, kommt entweder nur ein völliger Ausschluß oder ein für alle wirksames Entstehen der Ansprüche in Betracht.

Die Frage ist im letzteren Sinne zu entscheiden. Sieht man darin, daß der Erwerber die mangelhafte Sache trotz Kenntnis des Mangels und ohne Einwände zum Gegenstand des Erwerbs machen will, einen stillschweigenden Verzicht auf die Mängelrechte ²¹⁷⁾, so kann dieser Verzicht nach allgemeinen Vertragsgrundsätzen nur wirksam werden, wenn er bei allen am Vertrag Beteiligten als gewollt unterstellt werden kann. Dies setzt aber naturgemäß voraus, daß der Mangel auch allen Beteiligten bekannt war. Nach dieser Auffassung kann daher die Kenntnis einzelner die Entstehung der Mängelrechte für die Gesamthand nicht verhindern.

Lehnt man die Annahme eines stillschweigenden Verzichts als eine bloße Fiktion ab, lautet das Ergebnis nicht anders. Für das Innenverhältnis der Gesellschaft gibt es keinen Rechtssatz, wonach sich die Gesamthand die

215) Für den Kauf RGZ Band 96 S. 267; 128 S. 213.

216) RGZ Band 55 S. 214; 102 S. 395; Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 109, 1.

217) So Staudinger-Ostler § 460 Anm. 3.

Kenntnis oder das Wissen eines Gesamthänders zurechnen lassen muß. Das kann vor allem nicht für den Zeitpunkt des Vertragsschlusses gelten, wo jeder Gesellschafter für sich handelt und seine Vertragserklärungen ausschließlich nach seinem Wissen und seiner Kenntnis einrichtet. Zur näheren Begründung kann auf die Ausführungen verwiesen werden, die zu dieser Frage bei der Erörterung über den Ausschluß der Rechtsmängelhaftung nach § 439 BGB gemacht worden sind (vgl. S. 61 ff.).

Böhmer begründet seine gegenteilige Auffassung im wesentlichen damit, daß er auf die Unteilbarkeit der Wandlung und — unter Ausschließung des § 474 BGB — der Minderung hinweist²¹⁸⁾. Diese Argumentation kann jedoch nicht überzeugen. Daß die Gesamthand die Wandlung und Minderung — wie überhaupt alle Mängelrechte — nur einheitlich durchführen kann, spricht weder für die eine noch die andere Meinung, sondern bestätigt lediglich die auch hier vertretene Auffassung, daß die Mängelansprüche entweder ganz ausgeschlossen oder ganz zugelassen werden müssen. Ebensowenig schlüssig ist der Hinweis auf § 356 Abs. 2 BGB. Diese Vorschrift bringt keinen allgemeinen Grundsatz des Gewährleistungsrechts zum Ausdruck, etwa des Inhalts, daß der Verlust des Mängelrechts in der Person eines von mehreren Beteiligten auch stets den Verlust für die anderen nach sich ziehen müßte. Der Grundgedanke des § 474 Abs. 1 BGB beweist vielmehr das Gegenteil.

Auch die weitere Erwägung, daß ein Gesellschafter auf Grund des gesellschaftsrechtlichen Treueverhältnisses verpflichtet sei, seine Kenntnis den anderen Gesellschaftern mitzuteilen, und die Unterlassung dieser Mitteilung sie alle bösgläubig mache und damit allen die Gewährleistungsrechte nehme, kann die Ansicht Böhmers nicht stützen.

Es erhebt sich nämlich sogleich die Frage, ob dann nicht schon die Kenntnis und das Unterlassen des einlagepflichtigen Gesellschafters selbst die gleiche Wirkung haben muß. Eine derartige Folgerung mag zunächst absurd erscheinen, aber es ist andererseits nicht einzusehen, weshalb die Treupflicht des einbringenden Gesellschafters einen anderen Inhalt und eine andere Bedeutung haben soll, als die der übrigen, nur weil er in diesem Fall der Schuldner der Leistung ist.

Es ist demnach daran festzuhalten, daß die Kenntnis einzelner Gesellschafter die Entstehung der Mängelrechte für die Gesamthand nicht ausschließt.

Die Mängelhaftung entfällt ferner nach § 460 Satz 2 BGB, wenn ein Mangel der in § 459 Abs. 1 BGB bezeichneten Art infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Dieser Tatbestand setzt voraus, daß es sich um einen Fehler handelt, der bei genügender Aufmerksamkeit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses hätte entdeckt werden können. Die Haftungsbefreiung tritt jedoch nicht ein, wenn die Abwesenheit des Fehlers zugesichert oder sein Vorhandensein arglistig verschwiegen worden ist.

Das oben erörterte Problem der Auswirkungen einer teilweisen Unkenntnis tritt in diesem Zusammenhang jedoch nicht auf. Grobe Fahrlässigkeit bedeutet eine besonders schwere Vernachlässigung der im Ver-

218) a. a. O. S. 104. — Die von Böhmer a. a. O. S. 105 zitierten Entscheidungen in RGZ Band 101 S. 73 und JW 1900 S. 625 beziehen sich nicht auf das Innenverhältnis der Gesellschaft

kehr erforderlichen Sorgfalt. Da das Gesetz aber den Umfang der Sorgfaltspflicht nach objektiven Gesichtspunkten bestimmt, muß im konkreten Fall das Maß der zu fordernden Sorgfalt bei allen Gesellschaftern unabhängig von ihren jeweiligen Möglichkeiten und Fähigkeiten, den Fehler zu erkennen, gleich groß sein. Derselbe Sachverhalt kann daher den Vorwurf der großen Fahrlässigkeit entweder nur gegen alle oder gegen keinen von ihnen begründen.

Wird eine mangelhafte Einlage in Kenntnis des Mangels angenommen, so stehen der Gesellschaft entsprechend § 464 BGB die Mängelrechte nur zu, wenn sie bei der Annahme vorbehalten worden sind. Das gilt selbst für den Schadensersatzanspruch wegen arglistigen Verschweigens oder Vorspiegels²¹⁹⁾. Die vorbehaltlose Annahme durch einen oder einzelne Gesellschafter genügt jedoch nicht, um die Mängelansprüche für alle auszuschließen. Wer einen bekannten Mangel bei der Entgegennahme der Sache nicht beanstandet, gibt zu erkennen, daß er aus dem Mangel keine Rechte herleiten will. Ein derartiges Verhalten kommt in seiner Wirkung einer Verfüzung über die Mängelrechte gleich. Demgemäß kann auch der Verlust der Mängelrechte nur bei einer vorbehaltlosen Annahme durch alle Gesellschafter eintreten. Für den Fall der Stellvertretung schließlich wird man den § 166 BGB entsprechend anwenden müssen, obwohl es sich bei der vorbehaltlosen Annahme einer mangelhaften Sache nicht eigentlich um eine Willenserklärung handelt.

Werden im Gesellschaftsvertrag oder später ein Erlaß oder eine Beschränkung der Gewährleistung vereinbart, ergibt sich für das Gesellschaftsverhältnis nichts Besonderes. Zur Wirksamkeit der Vereinbarung ist nach Vertragsgrundsätzen die Einigung aller Gesellschafter erforderlich. Die Vereinbarung ist jedoch nichtig, wenn der Mangel arglistig verschwiegen worden ist (§ 476 BGB). Auch hier genügt wieder arglistiges Verhalten gegenüber einem Gesellschafter wie im Fall des § 463 Satz 2 BGB.

2. Die mangelhafte Einbringung zur Benutzung.

Der zur Nutzeinbringung verpflichtete Gesellschafter hat der Gesellschaft für die Dauer ihres Bestehens den Gebrauch der Einlage und gegebenenfalls auch den Genuß ihrer Früchte zu gewähren. Zu diesem Zweck hat er ihr die Einlage in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen. Wie der Vermieter haftet er dafür, daß die Einlage zur Zeit der Einbringung keinen Fehler aufweist, der ihre Tauglichkeit zu dem vertragsmäßigen Gebrauch aufhebt oder mindert; desgleichen dafür, daß die Einlage die zugesicherten Eigenschaften hat (§ 537 BGB).

Eine Verpflichtung, die Einlage auch für die Dauer der Überlassung in einem gebrauchsfähigen Zustand zu erhalten und für die Erhaltung einzustehen, ist mit der Nutzeinbringung jedoch grundsätzlich nicht verbunden. Auf die Unterschiede, die in dieser Hinsicht gegenüber der Miete bestehen, ist bei der rechtlichen Typisierung der Nutzeinbringung bereits hingewiesen worden (vgl. S. 22 f.). Danach sind die Aufwendungen für die Unterhaltung der Einlage regelmäßig von der Gesellschaft zu tragen. Nach denselben Grundsätzen gehen gewöhnlich auch Veränderungen oder Verschlechterungen der Einlage während der Benutzungszeit zu Lasten der Ge-

sellschaft²²⁰⁾. Für Mängel, die durch den vertragsmäßigen Gebrauch der Einlage entstehen, entfällt daher im Gegensatz zur Regelung im Mietrecht (§§ 537, 538 BGB) die Mängelhaftung des einbringenden Gesellschafters. Den Schaden trägt die Gesellschaft, sofern sie nicht von dem Gesellschafter entsprechend § 538 BGB Schadensersatz wegen Verschuldens fordern kann. In Fällen schwerer Schädigung bleibt schließlich das Recht zur Auflösung der Gesellschaft. Ist die beim vertragsmäßigen Gebrauch auftretende Verschlechterung allerdings die Folge eines schon bei der Einbringung bestehenden Mangels, so hat der einbringende Gesellschafter auch für den dadurch verursachten Gebrauchsmangel einzustehen. Ganz allgemein wird er für die nach der Einbringung entstehenden Fehler aber auch dann nach Mietgrundsätzen zu haften haben, wenn die Gesellschaft ihm für die Nutzüberlassung eine besondere Vergütung gewährt.

Im Gegensatz zur Rechtseinbringung (und zum Kauf) kommt es für den Fehlerbegriff nicht auf die Eignung zum gewöhnlichen Gebrauch an. Maßgebend ist nach dem Gesetz immer die Tauglichkeit zum vertragsmäßigen Gebrauch, der dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch im Sinne des § 459 BGB entspricht. Falls sich die Benutzungsart der Einlage nicht schon aus der Beschaffenheit der Sache selbst ergibt, ist daher für die Bestimmung der Mangelhaftigkeit jeweils der vertraglich vorgesehene Verwendungszweck zu ermitteln. Dieser braucht keineswegs mit dem Gesellschaftszweck übereinzustimmen, doch kann der Gesellschaftszweck in Zweifelsfällen einen wichtigen Anhaltspunkt für die richtige Vertragsauslegung geben. Als Mängel kommen im übrigen nicht nur körperliche Fehler in Betracht, sondern auch solche Umstände, die die Tauglichkeit der Einlage mittelbar beeinträchtigen²²¹⁾. Abweichend von der Sachmängelhaftung bei der Einbringung dem Rechte nach macht es ferner keinen Unterschied, ob der Fehler erheblich oder unerheblich ist. Die gesellschaftliche Treupflicht gebietet es jedoch, geringfügige Abweichungen von der vertraglich ausbedungenen Brauchbarkeit außer Betracht zu lassen; sofern der Mangel nicht verschuldet ist.

a) Der Anspruch auf Herstellung des vertragsmäßigen Zustandes.

Entspricht die Einlage bei der Einbringung nicht dem vertragsmäßigen Zustand, so hat der einbringende Gesellschafter seine Einlageverpflichtung nicht erfüllt. Die Gesellschaft hat deshalb einen klagbaren Anspruch auf Erfüllung in Form der Ausbesserung oder Mängelbeseitigung. Dieser Herstellungsanspruch ist ein primärer Leistungsanspruch²²²⁾. Darin unterscheidet er sich grundlegend von dem Nachbesserungsanspruch bei der Rechtseinbringung. Während dieser Ausfluß der durch die Förderungspflicht modifizierten Gewährleistung ist und den Sondervorschriften des Gewährleistungsrechts folgt, unterliegt jener grundsätzlich den allgemeinen Regeln über Unmöglichkeit, Verzug und Schlechterfüllung. Allerdings sind hierbei wiederum die Besonderheiten des Gesellschaftsverhältnisses zu beachten. Das gilt insbesondere für die Frage der Vertragsbeendigung als Folge der Leistungsstörung. Für den Fall des Verzuges gibt § 538 BGB eine Sonderregelung, die auf die Nutzseinbringung unbedenklich angewendet werden kann. Danach kann die Gesellschaft Schadensersatz wegen Nichterfüllung

220) Staudinger-Geiler, § 706 Anm. 19.

221) Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 128 III 1 a.

222) Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 128 I 1, II 1.

fordern, ohne daß es zuvor einer Fristsetzung nach § 326 BGB bedarf (§ 538 Abs. 1 BGB). Sie kann aber auch den Mangel selbst beseitigen und von dem gewährleistungspflichtigen Gesellschafter Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen (§ 538 Abs. 2 BGB).

b) Das Recht auf Minderung.

Statt die Herstellung des vertragsmäßig geschuldeten Zustandes oder der zugesicherten Eigenschaften zu verlangen, kann die Gesellschaft auch die eigentlichen Mängelrechte des Mietrechts geltend machen. Die entsprechende Anwendung dieser Vorschriften auf die Nutzeinbringung erfordert jedoch einige bedeutsame Abwandlungen, die sich aus dem Wesensunterschied zwischen dem funktionellen Synallagma und der Gesellschaft ergeben.

Das gilt vor allem für die reguläre Mängelsanktion des § 537 BGB. Eine völlige oder teilweise Befreiung der übrigen Gesellschafter von den Beitragsleistungen kommt hier nicht in Betracht, da die Beiträge keine dem Mietzins entsprechende Gegenleistung darstellen. Insoweit gilt dasselbe, was bereits bei der Rechtseinbringung über die Minderung gesagt worden ist. Allenfalls die verhältnismäßige Kürzung des Gewinnanteils des einbringenden Gesellschafters kann einen Ausgleich herbeiführen, der der Minderung im Sinne des § 537 BGB entspricht. Das setzt jedoch voraus, daß für die Gewinnverteilung ein besonderer Gewinnanteil errechnet wird, der wenigstens annähernd einer dem Mietzins vergleichbaren Vergütung entspricht. Es ist hier vor allem an die Regel des § 121 HGB zu denken. Geschieht demnach die Gewinnberechnung in der Form, daß jeder Gesellschafter vom Jahresgewinn zunächst einen bestimmten Prozentsatz seines Kapitalanteils als Kapitalverzinsung ausbezahlt erhält, ist die Minderung ausnahmsweise durch Herabsetzung der „Gegenleistung“ möglich ²²³).

Ist dies dagegen nicht der Fall, so ist wie bei der Rechtseinbringung zu verfahren. An die Stelle der Herabsetzung der (nicht vorhandenen) Gegenleistung tritt die Zahlung eines entsprechenden Ausgleichs in die Gesellschaftskasse. Zur näheren Begründung dieser Ansicht kann auf die früheren Ausführungen verwiesen werden. Sie sind dort im wesentlichen auf den Grundgedanken des § 473 BGB gestützt worden, aus dem der allgemeine Satz abgeleitet wurde, daß der Minderwert einer mangelhaften Leistung immer dann durch Zahlung eines Aufgeldes auszugleichen ist, wenn ihr keine minderbare Gegenleistung gegenübersteht (siehe oben S. 71 ff). Diese Überlegungen treffen uneingeschränkt auch auf den vorliegenden Fall zu, zumal in § 537 BGB für die Durchführung der Minderung ausdrücklich auch auf den § 473 BGB verwiesen wird.

Die Minderung erfolgt daher bei der Nutzeinbringung regelmäßig in der Weise, daß der gewährleistungspflichtige Gesellschafter je nach dem Umfang des Mangels entweder den vollen Gebrauchswert oder den Gebrauchsminderwert der Einlage an die Gesellschaft vergütet ²²⁴). Die Höhe der Vergütung ist auch hier wieder unter Anwendung des § 472 BGB zu errechnen. Zu diesem Zweck ist ein dem gewöhnlichen Gebrauchs- und Nutzungszins der Einlage entsprechender Miet- und Pachtzins zu ermitteln und verhältnismäßig herabzusetzen. Die Differenz zwischen dem gewöhnlichen und dem herabgesetzten Nutzungszins ergibt den an die Gesellschaft

223) Staudinger-Geiler, § 706 Anm. 17.

224) Staudinger-Geiler, § 706 Anm. 17; Enneccerus-Lehmann, aa. O. § 117 II 1 a.

zu zahlenden Minderungsbetrag. Ob die Vergütung nun in regelmäßig wiederkehrenden Beträgen oder — kapitalisiert — durch eine einmalige Zahlung entrichtet werden soll, ist nach den Umständen des Falles zu entscheiden.

Anders als in § 537 BGB tritt die Minderung jedoch auch im Fall der verhältnismäßigen Kürzung des Gewinnanteils nicht von selbst ein. Die kraft Gesetzes eintretende Ausgleichung des Gegenwerts an die mangelhafte Leistung ist nur durchführbar bei strengster funktioneller Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung. Da diese Voraussetzung im Gesellschaftsverhältnis nicht gegeben ist und da den Gesellschaftern ferner nicht die Möglichkeit genommen werden kann, die Minderung auch durch das Fordern einer entsprechenden Ausgleichszahlung durchzuführen, ist das Recht auf Minderung bei der Nutzeinbringung stets in der Form eines gewöhnlichen Anspruchs geltend zu machen.

c) Der Anspruch auf Schadensersatz.

Unter den Voraussetzungen des § 538 BGB kann die Gesellschaft statt der Minderung auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Die verschärfte Haftung tritt dann ein, wenn der Mangel der Einlage schon beim Abschluß des Vertrages vorhanden war, wenn er später infolge eines Umstandes entstanden ist, den der einbringende Gesellschafter zu vertreten hat, oder in dem bereits oben besprochenen Fall, daß der einbringende Gesellschafter mit der Beseitigung des Mangels in Verzug ist

Wie bei der gewöhnlichen Haftung des § 537 BGB ist es auch bei der von Anfang an vorhandenen Mangelhaftigkeit gleichgültig, ob der Mangel verschuldet ist oder nicht ²²⁵⁾. Es handelt sich hier — ähnlich wie bei der Rechtsmängelhaftung des Verkäufers und des Gesellschafters im Falle der Rechtseinbringung — um eine gesetzliche Garantiehaftung ²²⁶⁾, die nach den Grundsätzen der Analogie auch für die Nutzeinbringung zu übernehmen ist ²²⁷⁾. Die Behandlung der übrigen Fälle entspricht im wesentlichen den allgemeinen Vorschriften der Verschuldenshaftung. Besonderheiten ergeben sich daraus für die Nutzeinbringung nicht. Der Gesellschafter haftet auf das Erfüllungsinteresse, dessen Umfang sich nach den §§ 249 ff. BGB bestimmt, also auch den entgangenen Gewinn umfaßt. Bei völliger Unbrauchbarkeit der Einlage wird man den gewährleistungspflichtigen Gesellschafter auf Grund seiner Förderungspflicht sogar für verpflichtet ansehen können, zur Wiedergutmachung des Schadens eine mangelfreie Sache gleicher Art für die Gesellschaft anzumieten.

Ersatzanspruch und Minderung schließen sich nach einer allerdings umstrittenen Ansicht gegenseitig nicht aus ²²⁸⁾. Werden beide Ansprüche geltend gemacht, so mindet sich jedoch der Schaden in demselben Maße, in dem der Wertausgleich bereits durch die Minderung hergestellt wird.

225) RG in DR 1940 S. 1425 Nr. 10.

226) RG in JW 1935 S. 3459 Nr. 2.

227) Staudinger-Geiler § 706 Anm. 17.

228) Vgl. Staudinger-Kiefersauer, § 538 Anm. 1. — Das Reichsgericht folgert aus der Formulierung „statt die in § 537 bestimmten Rechte“, daß Befreiung vom Mietzinse und Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur wahlweise geltend gemacht werden können und daß spätestens die Erfüllung des einen Rechts den Verlust des anderen nach sich zieht

d) Die Kündigung.

Neben den Rechten aus den §§ 537, 538 BGB gibt das Gesetz dem Mieter in § 542 ein Recht zur fristlosen Kündigung, wenn ihm der vertragsmäßige Gebrauch der Sache ganz oder teilweise nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen wird. Worauf die Nichtgewährung oder Entziehung des vertragsmäßigen Gebrauchs beruht, ist gleichgültig. Die Vorschrift umfaßt somit auch die Fälle mangelhafter Leistung. Ein Verschulden des Vermieters ist nicht erforderlich.²²⁹⁾ Jedoch ist die Kündigung nur wegen einer erheblichen Minderung oder Vorenthaltung des Gebrauchs zulässig, wenn nicht der Mieter ein besonderes Interesse an der vorzeitigen Kündigung auch für diesen Fall hat (§ 542 Abs. 2 BGB).

Das Kündigungsrecht ersetzt, soweit die Kündigungsgründe des § 542 BGB reichen, das Rücktrittsrecht der §§ 325, 326 BGB und für die Mängelhaftung schließlich auch das Wandlungsrecht. Als Beendigungstatbestand ist es daher dem Recht des Gesellschafters zur Kündigung aus wichtigem Grund (§ 723 BGB) verwandt. In seinen Voraussetzungen ist es jedoch ganz auf den Leistungstatbestand der Gebrauchs- und Nutzüberlassung zugeschnitten. Im Rahmen des Gesellschaftsverhältnisses stellt die Gebrauchsüberlassung aber nur eine unter mehreren mögliche und häufig nicht einmal wesentliche Leistungsart dar. Störungen des Gebrauchs oder Nutzung, die die Fortsetzung des Mietverhältnisses unzumutbar erscheinen lassen, müssen darum nicht auch unbedingt einen wichtigen Grund zur Auflösung der Gesellschaft abgeben. Ob der Mangel der Sacheinlage so erheblich ist, daß er zur Beendigung der Gesellschaft Anlaß gibt, ist vielmehr ausschließlich nach den Grundsätzen des Gesellschaftsrechts zu beurteilen. Bei der Nutzzeinbringung wird daher der § 542 BGB durch den § 723 BGB verdrängt.²³⁰⁾

e) Der Ausschluß der Haftung.

Wie bei der Rechtseinbringung stehen den Gesellschaftern die ihnen in Analogie zu den §§ 537, 538 BGB gewährten Mängelrechte in entsprechender Anwendung des § 539 Satz 1 BGB nicht zu, wenn ihnen der Mangel der Sache beim Abschluß des Vertrages bekannt war, wobei auch hier die Kenntnis eines Gesellschafters die Ansprüche der übrigen nicht beseitigt.²³¹⁾ Die Haftung fällt ferner fort, wenn der Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist und er nicht arglistig verschwiegen oder seine Abwesenheit nicht zugesichert worden ist (§§ 539 Satz 2, 460 BGB). Desgleichen

(JW 1908 S. 550). Dieser Ansicht folgt auch der RGR Komm. § 538 Anm. I, wobei allerdings bei der weiterhin zitierten Entscheidung des RG in Warn. Rspr. 1911 Nr. 427 (S. 471) übersehen ist, daß das Gericht das Minderungsrecht in diesem Fall aus tatsächlichen Gründen ausgeschlossen hat, weil die Minderung des Mietwerts bereits bei der Schadensfeststellung berücksichtigt worden war. — Mittelstein, Die Miete, S. 313, und — ihm folgend — Staudinger-Kiefersauer treten dieser Auffassung jedoch unter Hinweis auf den nicht zwingenden Wortlaut des Gesetzes mit überzeugenden Gründen entgegen. Dem haben sich auch Soergel, § 538 Anm. 6, Palandt, § 538 Anm. 1 und Erman § 538 Anm. 1 angeschlossen.

229) RGZ Band 98 S. 287.

230) So schon Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, S. 731.

231) Siehe auch Staudinger-Geiler, § 706 Anm. 17.

führt die vorbehaltlose Annahme der Einlage in Kenntnis des Mangels zum Ausschluß der Mängelrechte (§§ 539 Satz 2, 464 BGB). Sind bei der mehrgliedrigen Gesellschaft die Voraussetzungen für den Fortfall der Haftung oder die übrigen die Haftung beeinflussenden Tatbestände nicht in der Person sämtlicher Gesellschafter erfüllt, so gilt dasselbe, was über den Haftungsausschluß bei der Rechtseinbringung ausgeführt worden ist.

§ 543 Abs. 1 BGB schließt unter den obigen Voraussetzungen auch das Kündigungsrecht des § 542 BGB aus. Für die Nutzeinbringung ist diese Vorschrift jedoch ohne Bedeutung, da eine Kündigung nach § 542 BGB bei ihr nicht in Betracht kommt. Eine entsprechende Anwendung auf § 723 BGB ist nicht möglich. Doch sind die Tatbestände des § 539 BGB regelmäßig für die Beurteilung der Frage erheblich, ob der Mangel der Einlage im konkreten Fall ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung ist.

Der Anspruch auf Erfüllung oder Herstellung des vertragsmäßig geschuldeten Zustandes wird durch die Kenntnis oder grobfahrlässige Unkenntnis des Mangels oder durch die vorbehaltlose Annahme der Einlage grundsätzlich nicht berührt. Auch er entfällt jedoch, wenn aus dem Verhalten der Gesellschafter auf eine stillschweigende Billigung des mangelhaften Zustandes geschlossen werden muß²³²⁾.

Erlaß oder Beschränkung der Mängelhaftung durch Vertrag ist wie bei der Rechtseinbringung möglich. Die Vereinbarung ist allerdings nichtig, wenn der Mangel arglistig verschwiegen worden ist (§ 540 BGB). Wie in anderen Fällen genügt auch hier wieder arglistiges Verhalten gegenüber nur einem Gesellschafter.

f) Die Haftung für Rechtsmängel.

Für den Tatbestand der Nutzeinbringung ist es unerheblich, ob der Gebrauch oder die Nutzung der Einlage aus rechtlichen oder aus tatsächlichen Gründen vereitelt oder beeinträchtigt wird. Wie bei der Miete sind daher die Vorschriften über die Sachmängelhaftung auch auf die Haftung für Mängel im Recht entsprechend anzuwenden (§ 541 BGB). Die Gesellschaft hat demnach in diesem Fall ebenso die Rechtsbehelfe der §§ 537, 538 BGB. Sie kann in der oben beschriebenen Weise die Minderung durchführen oder gegebenenfalls Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Kenntnis des Rechtsmangels schließt auch hier die Haftung aus, grobe Unkenntnis dagegen nicht (§ 541 BGB verweist nur auf § 539 Satz 1 BGB).

Der einbringende Gesellschafter hat jedoch für Mängel im Recht nicht schlechthin einzustehen. Da er selber nicht Eigentümer der Einlage zu sein braucht, um seine Verpflichtung aus der Nutzeinbringung zu erfüllen, haftet er nur, wenn der Gesellschaft der vertragsmäßige Gebrauch oder die ordnungsgemäße Nutzung durch das Recht des Dritten ganz oder teilweise entzogen wird.

Für Rechtsmängel, die erst nach der Einbringung entstehen, haftet der Gesellschafter nicht nach Gewährleistungsrecht. Diese Auffassung ist zwar für den Mietvertrag umstritten²³³⁾, doch läßt sich die dort vertretene gegen-

232) Vgl. Staudinger-Kiefersauer, § 539 Anm. 6.

233) Das Reichsgericht in RGZ Band 65 S. 33 und mit ihm Staudinger-Kiefersauer, § 541 Anm. 17, Soergel, § 541 Anm. 1 und Palandt, § 541 Anm. 1 lehnen die Anwendung des § 541 BGB auf diesen Fall ab. Die gegenteilige Meinung wird vom RGR-Komm., § 541 Anm. 1 a, von Mittelstein, a. a. O. S. 296, 308 und Oertmann, § 541 Anm. 2 b vertreten.

teilige Meinung nicht auf das Gesellschaftsrecht übertragen. Da nämlich die nachträgliche Entstehung eines Rechtsmangels ohne die rechtliche Mitwirkung des im Gesellschaftsvertrag durch besondere Treupflichten gebundenen Gesellschafters nicht möglich ist, stellt sein Verhalten zugleich einen schuldhaften Verstoß gegen die Erfüllung seiner Vertragspflichten dar. Damit berühren diese Fälle aber ein spezifisch gesellschaftsrechtliches Problem, das bei dem rein schuldrechtlichen Mietverhältnis in dieser Form nicht auftritt. Bei der Gesellschaft sind daher Vertragsverletzungen dieser Art ausschließlich nach den Regeln der Verschuldenshaftung (Verletzung der Treupflicht, positive Forderungsverletzung) zu behandeln ²³⁴⁾.

Eine Veräußerung der eingebrachten Sache während der Dauer der Gesellschaft berührt jedoch die Rechte der Gesellschaft durchweg nicht. Dem Herausgabenanspruch des neuen Eigentümers kann die Gesellschaft nach § 986 Abs. 2 BGB die Einwendungen aus dem Gesellschaftsverhältnis entgegenhalten. Bei eingebrachten Grundstücken gilt gemäß den §§ 571, 581 Abs. 2 BGB dasselbe auch für die Herausgabe der Erträge ²³⁵⁾. Ist dagegen eine bewegliche Sache zur Nutzung eingebracht, so stehen die Nutzungen der Einlage von der Veräußerung an dem Erwerber der Sache zu (§ 956 BGB) ²³⁶⁾. Ein gutgläubiger Erwerb der Früchte durch die Gesellschaft nach § 957 BGB scheidet gewöhnlich aus, weil dem schon der böse Glaube des veräußernden Gesellschafters entgegensteht (vgl. hierzu die Ausführungen über den gutgläubigen Erwerb der Einlage, S. 43 ff.). Der Gesellschafter haftet der Gesellschaft in diesem Fall für die Entziehung der Nutzungen aus positiver Forderungsverletzung.

3. Die mangelhafte Werkeinlage.

Besteht der Beitrag eines Gesellschafters in der Herstellung eines Werkes, so finden die Mängelvorschriften des Werkvertragsrechts in zwei Fällen entsprechende Anwendung: bei der Herstellung und Lieferung einer nicht vertretbaren Sache aus eigenem Stoff (entsprechend dem Werklieferungsvertrag, § 651 Satz 2 Halbsatz 2 BGB) und bei der Herstellung eines Werkes aus einem von der Gesellschaft gelieferten Stoff. Diese Vorschriften haben jedoch nur für die Sachmängelhaftung Bedeutung. Die Haftung für Rechtsmängel richtet sich im ersten Fall nach den für den Kauf geltenden Vorschriften (§§ 651 Satz 2, 440, 320 ff. BGB). Im zweiten Fall spielt sie praktisch keine Rolle; allenfalls sind die allgemeinen Vorschriften der §§ 320 ff. BGB unmittelbar anzuwenden (vgl. S. 24 f.). Insoweit kann für beide Fälle auf die Ausführungen über die Rechtsmängelhaftung bei der Einbringung dem Rechte nach verwiesen werden.

- a) Der Anspruch auf mangelfreie Herstellung, Neuherstellung und Mängelbeseitigung.

Entsprechend dem § 633 Abs. 1 BGB ist der Gesellschafter verpflichtet, das von ihm einzubringende Werk so herzustellen, daß es die zugesicherten

234) Selbst die Autoren, die beim Mietvertrag eine Haftung nach § 541 BGB bejahen, setzen voraus, daß der nachträglich entstehende Rechtsmangel vom Vermieter zu vertreten ist (Mittelstein, Oertmann).

235) Siehe auch Staudinger-Geiler, § 706 Anm. 20. Der neue Eigentümer tritt jedoch nicht in die Gesellschaftsrechte des veräußernden Gesellschafters ein, § 717 BGB.

236) RGZ Band 78 S. 36.

Eigenschaften und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern ²³⁷⁾. Die Gesellschaft hat demnach in erster Linie einen Erfüllungsanspruch auf Herstellung des mangelfreien Werkes.

Bietet der Gesellschafter ein mangelhaft hergestelltes Werk als Einlage an, so liegt darin lediglich ein Erfüllungsversuch. Die Gesellschaft kann in diesem Fall die Abnahme verweigern (§ 640 BGB) und die bei Leistungsstörungen allgemein gegebenen Rechte geltend machen. Diese Rechte, die der Gesellschaft bis zur Abnahme des Werkes oder bis zum Ablauf der nach § 634 Abs. 1 BGB gesetzten Frist unbeschränkt zustehen, unterliegen jedoch in ihrer Anwendung den Besonderheiten des Gesellschaftsverhältnisses, wie sie im einzelnen bereits im Zusammenhang mit der Rechtsmängelhaftung b. d. Einbringung dem Rechte nach dargestellt worden sind. So tritt vor allem bei verschuldeter Unmöglichkeit der mangelfreien Herstellung an die Stelle des Rücktrittsrechts die Kündigung der Gesellschaft nach § 723 BGB. Das gleiche gilt für den Verzug, sowie für die schuldlos verspätete Herstellung (§ 636 Abs. 1 BGB). Ebenso bestehen für die Einrede des nicht erfüllten Vertrages und die Rechtsbehelfe der §§ 323, 324 BGB die oben dargelegten Abwandlungen.

Von besonderer Bedeutung ist auch hier die bekannte Streitfrage des Werkvertragsrechts, ob der Anspruch auf Erfüllung schon mit der Herstellung und dem Angebot des mangelhaften Werkes erlischt oder ob der Besteller weiterhin Erfüllung in Form der Neuherstellung beanspruchen kann. Die wohl noch überwiegende Meinung geht dahin, daß der Besteller nach der Herstellung des Werkes keine Neuherstellung mehr verlangen kann, sondern auf den Mängelbeseitigungsanspruch oder die Gewährleistungsansprüche angewiesen ist ²³⁸⁾. Neben Billigkeitserwägungen wird für diese Ansicht vor allem ins Feld geführt, daß das Gesetz den Anspruch auf Neuherstellung nicht nur erwähne, sondern ihn im Gegenteil durch die Vorschrift des § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB sogar ausschließen wolle.

Demgegenüber vertritt insbesondere Korintenberg mit guten Gründen den Standpunkt, daß der Anspruch auf Neuherstellung als der ursprüngliche Erfüllungsanspruch auf Herstellung eines mangelfreien Werkes fortbestehe und erst mit der Konkretisierung der Leistung durch die Abnahme des Werkes untergehe, ohne daß es deswegen der Heranziehung des § 633 Abs. 1 BGB bedürfe ²³⁹⁾. Die Interessen des Unternehmers sieht er durch die entsprechende Anwendung des § 633 Abs. 2 Satz 2 BGB in Verbindung mit den §§ 320 Abs. 2, 242 BGB hinreichend gewahrt ²⁴⁰⁾.

237) Für den Fehlerbegriff gilt im wesentlichen dasselbe, wie nach § 459 BGB bei der Einbringung dem Rechte nach.

238) So z. B. Oertmann, § 633 Anm. 2 i; Planck, § 633 Anm. 2 a. RGZ Band 57 S. 276/95 S. 329; 107 S. 341 f.; Warn.Rspr. 1916 Nr. 305.

239) Der Mängelbeseitigungsanspruch und der Anspruch auf Neuherstellung beim Werkvertrag, Diss. Köln, 1927; Erfüllung und Gewährleistung beim Werkvertrag, besonders S. 74 ff., 98 ff. und öfter. Ebenso Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 151 I; Hedemann, Schuldrecht, S. 278; Palandt, § 633 Anm. 1. Die Ansicht, daß der Neuherstellungsanspruch nur auf dem Wege über die analoge Anwendung des § 480 BGB möglich sei, wird von Wüstendörfer, ZHR Band 88 S. 253 ff., 246 f., vertreten.

240) a. a. O. S. 105 f; ebenso Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 151 I; Staudinger-Kober, § 633 Anm. 2; Palandt, § 633 Anm. 1.

Für den Werkbeitrag im Gesellschaftsrecht ist die Frage unter Berücksichtigung der gesellschaftsrechtlichen Förderungs- und Treupflicht im Sinne Korintzenbergs zu entscheiden. Danach kann die Gesellschaft statt der Mängelbeseitigung die weitergehende Neuherstellung verlangen, wenn dies den Interessen der Gesellschaft förderlicher ist. Auf Grund seiner Förderungspflicht muß sich der Gesellschafter diese Anspannung seiner Kräfte zumuten lassen. Andererseits steht ihm aber aus dem Grundgedanken der Unternehmerschonung in entsprechender Anwendung des § 633 Abs. 2 Satz 2 BGB auch die Einrede der Unverhältnismäßigkeit zu, wenn der für die Neuherstellung erforderliche Aufwand in einem unangemessenen Verhältnis zu dem Erfolg steht. Für die Interessenabwägung gibt hier wie sonst die gegenseitige Treubindung der Gesellschafter den allgemeinen Rahmen.

Hat die Gesellschaft das eingebrachte Werk trotz seiner Mangelhaftigkeit als Erfüllung angenommen, so verliert sie den Anspruch auf Neuherstellung, da sich nunmehr die Erfüllungspflicht auf das hergestellte und abgenommene Werk konzentriert²⁴¹⁾. Inhaltlich ist die Erfüllungspflicht jetzt ausschließlich auf die Beseitigung der konkreten Wertmängel gerichtet (§ 633 Abs. 2 Satz 1 BGB); sie zielt gewissermaßen auf die nachträgliche Herbeiführung der von Anfang an mangelfrei geschuldeten Werkleistung hin.

Der Anspruch auf Mängelbeseitigung ist — wie der Nachbesserungsanspruch bei der Nutzeinbringung — ein reiner Erfüllungsanspruch²⁴²⁾. Er besteht daher auch bereits vor der Ablieferung des Werkes (§ 634 Abs. 1 Satz 2 BGB). Der Gesellschafter kann die Beseitigung des Mangels jedoch verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert (§ 633 Abs. 2 Satz 2 BGB). Aufwand und Erfolg, Zumutbarkeit und Gemeinschaftsinteresse sind auch hier wieder unter Berücksichtigung der Förderungspflicht und der wechselseitigen Treubindung gegeneinander abzuwägen.

Ist der Gesellschafter mit der Beseitigung des Mangels in Verzug, so kann die Gesellschaft den Mangel schließlich selbst beseitigen und von ihm Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen (§ 633 Abs. 3 BGB). Dieses Recht entfällt jedoch, wenn der Gesellschafter die Mängelbeseitigung wegen des unverhältnismäßig hohen Aufwandes ablehnen kann.

Da die Mängelbeseitigung und die Neuherstellung dasselbe Ziel haben, muß der Gesellschafter auch nach d. Einbringung als berechtigt angesehen werden, das Erfüllungsverlangen der Gesellschaft durch Neuherstellung eines gleichen Werkes zu befriedigen, wenn ihn dies weniger belastet als die Nachbesserung und keine überwiegenden Interessen der Gesellschaft entgegenstehen²⁴³⁾.

241) So für den Werkvertrag Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 151 I; Korintzenberg, a. a. O. S. 128 ff. Die Abnahme (§ 640 BGB) bedeutet zwar die Anerkennung der vertragsmäßigen Herstellung, schließt aber nicht die Mängelansprüche schlechthin aus. Sie bewirkt allerdings die Umkehr der Beweislast (§ 363 BGB) und die Beschränkung der Vertragsrechte auf die Mängelbeseitigung und die Gewährleistung; Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 152 I 1, 2, RGZ Band 107 S. 343; 110 S. 406 f.; 165 S. 45f.

242) Korintzenberg, a. a. O. S. 53, 115 ff.

243) Für den Werkvertrag Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 151 I; Korintzenberg, a. a. O. S. 135 ff.

b) Der Anspruch auf Wandlung, Minderung und Schadensersatz.

Der Erfüllungsanspruch in Form der Mängelbeseitigung hat einen gewissen Vorrang vor den Ansprüchen auf Wandlung, Minderung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Zwar bestehen die Gewährleistungsrechte neben dem Anspruch auf Erfüllung, doch können sie regelmäßig erst ausgeübt werden, wenn das Erfüllungsverlangen keine Aussicht auf Verwirklichung mehr hat. Zu diesem Zweck ist zuvor eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels zu bestimmen mit der Erklärung, daß die Mängelbeseitigung nach dem Ablauf der Frist abgelehnt werde (§ 634 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Frist kann auch schon vor Ablieferung des Werkes gesetzt werden, in diesem Fall jedoch nur so, daß sie nicht vor der für die Ablieferung bestimmten Frist abläuft (§ 634 Abs. 1 Satz 2 BGB). Erst nach fruchtlosem Ablauf der Frist kann Wandlung oder Minderung verlangt werden, wobei der Anspruch auf Mängelbeseitigung gleichzeitig ausgeschlossen wird (§ 634 Abs. 1 Satz 3 BGB). Der Fristsetzung bedarf es nicht bei objektiver Unmöglichkeit oder bei Verweigerung der Mängelbeseitigung, sowie bei besonderem Interesse an der sofortigen Geltendmachung der Wandlung oder Minderung (§ 634 Abs. 2 BGB).

Für die Vollziehung und die Wirkungen der Wandlung und Minderung gelten nach § 634 Abs. 4 BGB die Vorschriften des Kaufrechts entsprechend. Damit tauchen auch hier dieselben Probleme auf, wie sie schon bei der Rechtseinbringung behandelt worden sind.

Wandlung durch Rückgängigmachung der Vertragsfolgen scheidet demnach aus, da sie die Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses bedeuten würde. An ihre Stelle tritt eine dem Wert des Werkes entsprechende Ersatzleistung in Geld zum Ausgleich für die fortfallende Werkeinlage²⁴⁴). Ist der Stoff von dem einbringenden Gesellschafter geliefert worden, so ist die mangelhafte Einlage nach Rücktrittsvorschriften zurückzugewähren. Insofern finden auch hier die §§ 351 — 353 BGB entsprechende Anwendung. Hat die Gesellschaft den Stoff selber zur Verfügung gestellt, fallen die als Zutaten verwendeten Materialien an den einbringenden Gesellschafter zurück, sofern sie trennbar sind. Andernfalls ist der nach den Grundsätzen der §§ 467, 346 ff. BGB ermittelte Wert als Aufwendung zu ersetzen und gegebenenfalls mit dem Ersatzanspruch aus der Wandlung zu verrechnen. Dies ist jedoch nur der Fall, wenn das mangelhafte Werk im Gesellschaftsvermögen verbleibt. Geht der Stoff in das Privatvermögen einzelner Gesellschafter zurück, so muß sich der gewährleistungspflichtige Gesellschafter wegen eines möglichen Ersatzanspruchs mit ihnen außerhalb des Gesellschaftsverhältnisses auseinandersetzen.

Ein Anspruch auf ersatzweise Einbringung eines neuen Werkes oder auf Nachbesserung, wie er bei der Rechtseinbringung im Rahmen der Wandlung geltend gemacht werden kann, ist jedoch beim Werkvertrag nicht mehr gegeben. Der Anspruch auf Neuherstellung geht spätestens mit der Abnahme des Werkes unter, während der Anspruch auf Mängelbeseitigung mit dem Ablauf der Frist des § 634 BGB ausgeschlossen ist. Beide Ansprüche sind Ausfluß der Erfüllungspflicht; sie können daher nicht nach Ablehnung der Erfüllung im Gewande der Gewährleistungsrechte erneut auftreten. Zudem fehlt bei der Werkleistung auch das Bedürfnis für eine derartige Anpassung und Erweiterung der Wandlungsfolgen, wie sie sich bei der Rechtseinbringung infolge der Eigenart der Gewährleistung beim Spezia Kauf als notwendig erweisen.

244) Staudinger-Geiler, § 706 Anm. 29.

Nach § 634 Abs. 3 BGB soll die Wandlung ausgeschlossen sein, wenn der Mangel den Wert oder die Tauglichkeit des Werkes nur unerheblich mindert, es sei denn, daß es sich um das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft handelt ²⁴⁵⁾. Gegen eine entsprechende Anwendung dieses Grundsatzes bestehen umso weniger Bedenken, als die Rechtsausübung innerhalb der Gesellschaft ohnehin in höherem Maße Berücksichtigung von Treu und Glauben erfordert.

Die Minderung kann ebenfalls nicht durch Herabsetzung der Gegenleistung ausgeführt werden. Vielmehr ist der Ausgleich auch hier nach dem Vorbild der Rechts- und Nutzenbringung durch Vergütung des Minderwerts herzustellen ²⁴⁶⁾. Als der für die Berechnung der Minderung maßgebende Zeitpunkt ist mit der herrschenden Lehre der Vertragsschluß anzusehen ²⁴⁷⁾. Ferner ist bei der Bestimmung des Wertverhältnisses nach § 472 BGB von der Bewertung der Einlage im Gesellschaftsvertrag, andernfalls von dem objektiven Wert auszugehen.

Falls die Wandlung nicht durch § 634 Abs. 3 BGB oder auf Grund der §§ 634 Abs. 4, 467, 351 — 353 BGB ausgeschlossen ist, haben die Gesellschafter zwischen beiden Rechtsbehelfen die Wahl.

Beruhet der Mangel des Werkes auf einem Verschulden des Gesellschafters oder hat er die Garantie für eine bestimmte Beschaffenheit des Werkes übernommen, so kann die Gesellschaft in entsprechender Anwendung des § 635 BGB statt der Wandlung oder Minderung auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen. Zu ersetzen ist der gesamte Schaden, der mit dem Mangel des Werkes in ursächlichem Zusammenhang steht. Die Gesellschaft kann demnach verlangen, so gestellt zu werden, wie sie bei Mangelfreiheit der Werkleistung oder bei Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaften stehen würde ²⁴⁸⁾. Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach Art der Differenztheorie kommt aus den bei der Rechtseinbringung dargelegten Gründen nicht in Betracht. Hat der Vertrag wegen des Mangels für die übrigen Gesellschafter kein Interesse mehr, so tritt an die Stelle des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit die Kündigung nach § 723 BGB.

c) Ausschluß und Verjährung der Mängelrechte.

Nimmt die Gesellschaft das mangelhafte Werk ab, obwohl sie den Mangel kennt, so hat sie die Ansprüche aus den §§ 633, 634 BGB nur, wenn sie sich die Rechte wegen des Mangels bei der Annahme vorbehält (§ 640 Abs. 2 BGB). Der Anspruch auf Schadensersatz (§ 635 BGB) wird von dieser Regelung nur betroffen, sofern sich aus der vorbehaltlosen Abnahme zugleich auch der Wille zum Verzicht auf dieses Recht ergibt ²⁴⁹⁾. Der Teilbestand der vorbehaltlosen Abnahme muß, wie in den übrigen Fällen der Einbringung, in der Person sämtlicher anderer Gesellschafter erfüllt sein. Wirken nicht alle Gesellschafter bei der Abnahme mit, gelten die Regeln

245) Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 151 II 2 a.

246) Staudinger-Geiler, § 706 Anm. 29.

247) Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 151 II 2 c; Korintenberg, a. a. O. S 162 Note 30.

248) Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 151 II 2 d; Korintenberg, a. a. O. S 167.

249) RGZ Band 90 S. 18 f.

der Stellvertretung (insbesondere § 166 Abs. 2 BGB). Eine Vereinbarung, durch die die Mängelhaftung erlassen oder beschränkt wird, ist zulässig; sie ist nach § 637 BGB jedoch nichtig, wenn der Mangel arglistig verschwiegen worden ist. Wie auch sonst genügt in diesem Fall Arglist gegenüber einem Gesellschafter.

Für die Verjährung der Mängelhaftung gilt nichts Besonderes. Gesellschaftsrechtliche Grundsätze oder Bedürfnisse stehen einer entsprechenden Anwendung des § 638 BGB nicht entgegen. Danach verjähren die Ansprüche auf Mängelbeseitigung, Wandlung, Minderung und Schadensersatz in sechs Monaten, bei Arbeiten an einem Grundstück in einem Jahr und bei Bauwerken in fünf Jahren. Von der kurzen Verjährung sind allerdings diejenigen Schadensersatzansprüche ausgenommen, die nicht unmittelbar oder nicht allein in der Mangelhaftigkeit des Werkes begründet sind, sondern ihre Ursache in einem sonstigen schuldhaften Verhalten des Gesellschafters haben ²⁵⁰).

Die Verjährungsfrist, die vertraglich verlängert werden kann, beginnt mit der Abnahme des Werkes (§ 638 BGB), andernfalls mit dessen Vollendung (§ 646 BGB). Für die Hemmung und Unterbrechung der Verjährung gelten die Vorschriften des Kaufrechts entsprechend (§ 639 Abs. 1 BGB). Ein weiterer Hemmungsgrund besteht nach § 639 Abs. 2 BGB, solange der einbringende Gesellschafter im Einverständnis mit den übrigen Gesellschaftern mit der Prüfung oder Beseitigung des Mangels beschäftigt ist. Der Zeitraum, während dessen die Verjährung gehemmt ist, endet, wenn der Gesellschafter das Ergebnis der Prüfung mitteilt, den Mangel für beseitigt erklärt oder die Fortsetzung der Beseitigung verweigert.

250) Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 152 II 4 g; Korintenberg, a. a. O. S. 170; RGZ Band 62 S. 120 f.; 64 S. 43 f.; 66 S. 16 f.; 71 S. 175; 115 S. 125.

Lebenslauf.

Verfasser ist am 22. September 1919 als deutscher Staatsangehöriger in Nordseebad Borkum als Sohn des Vollziehungsbeamten Otto Heizmann und seiner Ehefrau Ida geb. Heyen geboren worden. Nach dem Besuch der Volks- und Mittelschule in Borkum wurde die Schulausbildung am 12. Februar 1938 mit dem Reifezeugnis an der Deutschen Oberschule in Bederkesa abgeschlossen. Es folgten Militärdienst und Kriegsteilnahme. Das juristische Fachstudium wurde an der Universität Tübingen begonnen (5 Semester) und an der Universität Münster beendet (4 Semester). Nach dem Bestehen der ersten juristischen Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm am 28. Oktober 1950 wurde der juristische Vorbereitungsdienst im Bezirk des Oberlandesgerichts Oldenburg aufgenommen. Die große juristische Staatsprüfung wurde am 2. September 1955 vor dem Niedersächsischen Prüfungsamt bei dem Niedersächsischen Ministerium der Justiz in Hannover abgelegt. Seit dem 1. Oktober 1958 ist der Verfasser als Rechtsanwalt in Emden zugelassen.

